Das

Strafgesetzbuch

für das Königreich Bayern vom 10. November 1861.

Mit Erläuterungen,

begonnen

von

Dr. Carl Friedrich von Dollmann,

nach dessen Ableben fortgesetzt

von

Dr. C. Risch,

ord. Professor der Rechte an der Universität Würzburg.

Separatabdruck aus der Gesetzgebung des Königreichs Bayern

Viertes Heft.

(Art. 76—83.)

Erlangen, 1867.

Verlag von Palm & Enke.

(Adolph Enke.)

§. 2. Zu Art. 76 Abs. 1. Das jugendliche Alter als Schuldausschließungsgrund.

Der Art. 76 beschäftigt sich mit dem jugendlichen Alter lediglich, inwieferne dasselbe als Schuldausschließungsgrund, nicht inwieferne dasselbe als bloßer Strafmilderungsgrund (Art. 77 ff.) in Betracht kömmt. Und zwar werden in Art. 76 Abs. 1 einestheils die Voraussetzungen bestimmt, unter welchen die strafrechtliche Zurechnung und Schuld wegen Jugend des Uebertreters völlig cessirt, anderntheils die hieraus zunächst sich ergebende rechtliche Folge statuirt.

I. Die Voraussetzungen, an deren Vorhandensein die auf Strafunmündigkeit zurückzuführende Unzurechenbarkeit der von einer jugendlichen Person begangenen objektiv strafrechtswidrigen That geknüpft ist, sind folgende:

1) Der Uebertreter (Thäter, Theilnehmer, Begünstiger) darf zur Zeit der That (dieser Zeitpunkt entscheidet, nicht der spätere der gerichtlichen Verfolgung oder der Aburtheilung) das 16. Lebensjahr noch nicht zurückgelegt haben.

Wollte nemlich der Gesetzgeber überhaupt den Einfluß des jugendlichen Alters auf die strafrechtliche Zurechnung durch besondere Bestimmungen regeln, so mußte er auch die Altersgränze gesetzlich bezeichnen, jenseits welcher eine Berücksichtigung der Jugend als solcher nicht mehr, sondern schlechthin die allgemeinen Grundsätze über strafrechtliche Zurechnung Platz greifen. Daß als solche gesetzliche Gränze des „jugendlichen Alters" für die Sphäre des Strafrechtes (abweichend von der erst später mit dem zurückgelegten 25. bezw. in Bayern 21. Lebensjahre eintretenden Großjährigkeit auf dem Gebiete des Civilrechtes) gerade das vollendete 16. Lebensjahr gegriffen wurde, ist zwar mehr oder weniger willkürlich, rechtfertigt sich aber durch die in der Erfahrung gegründete Erwägung, daß bei unseren gegebenen klimatischen, sozialen und Kulturverhältnissen, von ganz seltenen, durch anomale Um- oder Zustände bedingten Ausnahmen abgesehen, spätestens mit dem zurückgelegten 16. Lebensjahre, meist sogar schon früher jener Grad von geistiger und sittlicher Reife des Individuums als vorhanden angenommen werden darf, welcher zur Begründung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit erforderlich, aber auch hinreichend ist 11).

11) Vgl. auch oben S. 553 die in Note 3, 4 und 6 angeführten analogen Be-

Immerhin — wenn auch das Gesetz Personen über 16 Jahre als erwachsen und strafmündig betrachtet, so folgt daraus keineswegs, daß es für dieselben eine absolute Vermuthung der Zurechnungsfähigkeit aufstellt, vielmehr nur, da es auf dieselben nicht die besonderen Vorschriften der Art. 76 ff., sondern die allgemeinen Bestimmungen angewendet wissen will, welche in Art. 67 f. über die Zurechnungsfähigkeit bezw. geminderte Zurechnung überhaupt gegeben sind. Es ist daher auch bei Personen über 16 Jahre die strafrechtliche Zurechnung dann völlig ausgeschlossen, wenn ihnen ausnahmsweise (aus besonderen Gründen, wozu auch anomal zurückgebliebene oder gänzlich unterbliebene Entwickelung der geistigen Anlagen gehört, vgl. Erläut. zu Art. 67 S. 421 Ziff. 3) zur Zeit der That „die Fähigkeit der Selbstbestimmung oder die zur Erkenntniß der Strafbarkeit der That erforderliche Urtheilskraft gänzlich gemangelt hat."

Da für das Alter einer Person eine gesetzliche Vermuthung nicht besteht, so ist es Sache der Anklage, im Zweifelsfalle den Beweis des Alters über 16 Jahre zu führen, widrigenfalls nach dem Grundsatze in dubio pro reo die gesetzlichen Begünstigungen des jugendlichen Alters Platz greifen [12]). Die Führung dieses Beweises wird in der Regel am einfachsten durch Vorlage des amtlichen Geburts- (bezw. Tauf-)Zeugnisses, sie kann aber in Ermangelung eines Geburtsscheines auch durch alle sonstigen im Strafverfahren zulässigen Beweismittel, insbesondere durch Zeugen und durch Sachverständige, bethätigt werden [13]).

Die Berechnung des Alters wird — in Ermangelung einer besonderen gesetzlichen Norm — nach der auch sonst im bürgerlichen Rechtsleben

---

stimmungen des französischen, preußischen und anderer neuerer Strafgesetzbücher.

[12]) Berner, Grundſ. d. preuß. Strafrechts S. 72.

[13]) Die Frage, ob ein Individuum das 16. Lebensjahr vollendet habe oder nicht, gehört offenbar zur Thatfrage, welche von dem Richter der That zu würdigen und zu entscheiden ist. (Hocheder a. a. O. S. 380, vgl. auch Gilbert C. pén. Art. 66 Nr. 28 und 29.) Hieraus scheint auch gefolgert werden zu müssen, daß diese Frage nicht zum ersten Male vor dem Kassationshofe zur Erörterung gebracht werden könne, s. Oppenhoff, preuß. StGB. §. 42 Nr. 14, Gilbert l. c. Nr. 30. — A. M. Berner, Grundſ. S. 72: „die Berufung auf dies Alter, sei es um eine Freisprechung, sei es um eine gesetzliche Milderung der Strafe zu erwirken, muß daher in jedem Stadium der Sache, selbst noch bei dem Obertribunale (Kassationshofe) angenommen werden."

geltenden Regel der s. g. Civilkomputation, d. h. nicht a momento ad momentum [14]), sondern de die ad diem zu geschehen haben, und zwar wird im Interesse des Beschuldigten das 16. Lebensjahr nicht schon mit dem Antritt, sondern erst mit dem Ablauf des 17. Geburtstages (desjenigen Kalendertages, an welchem vor 16 Jahren das fragliche Individuum geboren wurde) als vollendet zu erachten sein [15]).

2) Die Zurechenbarkeit der von einer jugendlichen Person unter 16 Jahren verübten (objektiv rechtswidrigen) That cessirt aber aus dem Grunde der Jugend [16]) nur dann, wenn die konkrete Würdigung des einzelnen Falles ergibt, daß der jugendlichen Person die zur Unterscheidung der Strafbarkeit ihrer That erforderliche Ausbildung gefehlt hat.

Hiezu ist Folgendes zu bemerken:

a) Nach Art. 67 des StGB. ist die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit überhaupt bedingt durch Willen (Fähigkeit der Selbstbestimmung) und Intelligenz (Vorhandensein der zur Erkenntniß der Strafbarkeit

---

14) Wie allerdings ein in der Zeitschr. f. Gerichtspraxis I S. 27 angeführtes unterrichterliches Erkenntniß angenommen hat. Diese s. g. Naturalkomputation kommt wegen der dabei geforderten mathematischen Genauigkeit im Rechtsleben nur ausnahmsweise in vereinzelten Anwendungen, fast nur bei ganz kurzen Fristen, welche sich nach Tagen zählen, vor. Für ihre Anwendung im vorliegenden Falle spricht weder die praktische Zweckmäßigkeit noch ein sonstiger triftiger Grund.

15) Stenglein, Komm. S. 567. Hienach hat also die Person, welche am 1. Januar 1860 (gleichviel in welcher Stunde und Minute) geboren worden ist, mit dem Ablauf des 1. Januar 1877 das 16. Lebensjahr zurückgelegt. — Anderer Ansicht ist Hocheder, Komm. S. 380, welcher (zweifelsohne im Hinblicke auf die römische Regel dies coeptus pro impleto habetur) das 16. Lebensjahr schon mit dem Antritte des 17. Geburtstages als vollendet betrachtet; allein er übersieht, daß hier an den Ablauf der Frist nicht ein Vortheil, sondern ein rechtlicher Nachtheil für den Beschuldigten geknüpft und darum die längere Frist maßgebend ist.

16) Auch bei jugendlichen Personen kann, wie bei Erwachsenen, die Zurechnung einer strafbaren Handlung noch durch andere, mit dem jugendlichen Alter gar nicht zusammenhängende Gründe (z. B. durch stattgehabte Gewalt oder Drohung, Nothstand u. dgl.) ausgeschlossen sein. Davon ist jedoch hier nicht die Rede, sondern es gelten in dieser Hinsicht auch für jugendliche Personen schlechthin die allgemeinen Grundsätze. Hier handelt es sich lediglich um diejenige Unzurechenbarkeit, welche durch die Jugend als solche, d. h. durch die noch mangelnde Zurechnungsfähigkeit des jugendlichen Individuums begründet wird.

der That nöthigen Urtheilskraft). Beide Vermögen sind zwar schon bei dem neugeborenen Kinde vorhanden, aber nur in der Potenz — als Keime, welche der Entwickelung und Reife bedürfen. Am frühesten erwacht in dem Kinde der Wille, später erst die Intelligenz und das sittliche Bewußtsein, am spätesten das rechtliche Gewissen. Das Kind von 2 oder 3 Jahren handelt schon mit einer gewissen willkürlichen Selbstbestimmung, aber es ermangelt noch der Intelligenz, es hat weder ein deutliches Bewußtsein der Außenwelt, in welcher es sich vielmehr traumartig bewegt, noch weniger besitzt es ein innerliches (d. h. nicht blos durch äußere Zucht und Gewohnheit angelerntes) Bewußtsein der ihm als Vernunftwesen obliegenden sittlichen Pflichten. Aber selbst wenn bei ihm mit der fortschreitenden Entwickelung das Pflichtbewußtsein im Allgemeinen erwacht und die Fähigkeit zur Unterscheidung von Gut und Bös, von Erlaubtem und Unerlaubtem vorhanden ist, so bedarf es erst noch eines weiteren Fortschrittes der geistigen und sittlichen Entwickelung, damit das Kind sich auch der Tragweite und Verantwortlichkeit seines Thuns und Lassens im Kreise der bürgerlichen Gesellschaft und vor dem Forum des Strafrichters bewußt und folglich strafrechtlich zurechnungsfähig werde. „Es wird das Kind in einem bestimmten Zeitpunkte seiner Entwickelung so weit zurechnungsfähig erscheinen können, um in der Familie und Schule gezüchtigt zu werden und die Züchtigung als Folge seiner Schuld zu erkennen, während es dennoch vom Standpunkt des Strafrechts aus als unzurechnungsfähig erscheint [17].“ Es kann darum nur gebilligt werden, wenn Art. 76 Abs. 1 die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit des jugendlichen Individuums davon abhängen läßt, daß dasselbe „die zur Unterscheidung der Strafbarkeit (des kriminellen Charakters) seiner That erforderliche Ausbildung“ besitzt [18]), womit (von krank-

---

[17]) Hälschner, Syst. d. pr. Strfrs. II S. 105. Vgl. außerdem Berner, Lehrbuch S. 117 f. und Grunds. d. pr. Strafr. S. 64 ff., wo sich auch treffliche Bemerkungen über die s. g. Frühreife bei manchen sittlich verwahrlosten jugendlichen Personen finden: „diese traurige Frühreife ist keine sittliche Reife (wie sie die Voraussetzung der Zurechnungsfähigkeit bildet), sondern die allergrößte sittliche Verwahrlosung, man kann da meistens nicht durch Strafen, sondern nur durch Besserungsmittel wahre Hülfe schaffen.“

[18]) Daß das bloße Bewußtsein der Unerlaubtheit einer Handlung (die Erkenntniß des sittlichen Verschuldens) allein noch nicht genügt, ist auch anerkannt in einem (reformatorischen) RGE., s. Zeitschr. f. GG. und Rechtspfl. Bd. X S. 311. — Vgl. auch Verh. d. GGA. II, 2 S. 13 (Dr. Ebel): „jeden-

haften Störungen, Schlafzuständen u. dgl. abgesehen) die Fähigkeit der Selbstbestimmung von selbst gesetzt ist [19].

b) Jenes Maß geistiger und sittlicher Ausbildung, durch welches die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit des jugendlichen Individuums bedingt wird, ist das Ergebniß eines allmähligen Entwickelungsprozesses, dessen Verlauf und Dauer bei den verschiedenen Individuen ein sehr verschiedener ist, auf welchen innere Anlagen und äußere Umstände (Erziehung, Unterricht, Umgebung und sonstige Lebensverhältnisse) einen mehr oder weniger durchschlagenden Einfluß üben. Es beginnt deßhalb die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit nicht bei allen jugendlichen Individuen zu einem und demselben Zeitpunkte, sondern bei den einen früher, bei den anderen später, — ja noch mehr, sie beginnt nicht einmal in Betreff desselben Individuums für alle strafbaren Handlungen gleichzeitig, sondern es kann die Zurech-

---

falls setzt die Zurechnungsfähigkeit für die konkrete That voraus, daß das Individuum nach dem Grade seiner allgemeinen geistigen Ausbildung die bürgerliche Bedeutung derselben erkannt habe."

19) Die in der preußischen Praxis zu §. 42 des preuß. StGB. aufgetauchte Kontroverse: ob bei jugendlichen Personen Unterscheidungsvermögen mit Zurechnungsfähigkeit zusammenfalle und folglich in der Bejahung des ersteren auch die Feststellung der letzteren schon enthalten sei? (vgl. Oppenhoff, das preuß. StGB. S. 104) kann Angesichts der abweichenden (und zweifelsohne besseren) Fassung des Art. 76 Abs. 1 des bayer. StGB. nicht wohl vorkommen, da einerseits das „Unterscheidungsvermögen" näher präzisirt ist, andererseits (im Schwurgerichtsprozesse) neben der auf die Schuld gerichteten Hauptfrage nicht noch eine besondere accessorische Frage, ob der Angeklagte mit Unterscheidungsvermögen gehandelt habe, gestellt, sondern letztere (vorbehaltlich der Bestimmung des Einf.-Ges. in Art. 23) schon durch den Ausspruch über die Schuld erledigt wird. Aber auch auf dem Boden des preuß. StGB. dürfte der Ansicht Hälschner's (a. a. O. S. 110) beizupflichten sein, daß mit dem Ausdrucke Unterscheidungsvermögen überhaupt „die kriminalistische Zurechnungsfähigkeit bezeichnet werden sollte" und daß daher „durch die Bejahung der Frage nach dem Handeln mit Unterscheidungsvermögen nicht blos das Alter, sondern auch jeder andere die Zurechnungsfähigkeit aufhebende Grund, der etwa auch bei Erwachsenen in Frage kommen könnte, mit ausgeschlossen ist", — wobei aber nicht zu übersehen ist, daß, wenn durch Bejahung des Unterscheidungsvermögens auch die Zurechnungsfähigkeit des jugendlichen Individuums festgestellt wird, hiemit die Frage nach der Zurechenbarkeit der Handlung noch nicht erledigt ist — s. oben Anm. 16.

nungsfähigkeit bezüglich einzelner strafbarer Handlungen, deren kriminel-ler Charakter schwerer zu begreifen ist, noch fehlen, während sie bezüglich der anderen bereits vorhanden ist[20]). Diese Erwägungen führen in strenger Konsequenz zu der Forderung, daß der Gesetzgeber hinsichtlich der Frage der Zurechnungsfähigkeit von allen abstrakten Präsumtionen (durch gesetzliche Fixirung bestimmter Alterstermine, vor welchen die Zurechnungsfähigkeit als schlechthin nicht vorhanden, nach welchen sie als schlechthin vorhanden angenommen wird) Umgang nehme, daß diese Frage immer nur relativ in Betreff des bestimmten Individuums und für den konkreten Fall beantwortet werde. Dies ist denn auch in der That der Standpunkt, welchen unser StGB. in der dermaligen Fassung des Art. 76 Abs. 1 nach dem Vorgange des französischen und preußischen StGB. eingenommen hat[21]). Zwar hat das Gesetz das 16. Lebensjahr in dem Sinne zu einem kritischen Zeitpunkte gemacht, daß es mit der Vollendung desselben die besondere Berücksichtigung, welche das jugendliche Alter als solches hinsichtlich der strafrechtlichen Zurechnung erfährt, aufhören läßt, — aber das Gesetz hat weder für Personen über 16 Jahre eine unumstößliche Vermuthung der vorhandenen Zurechnungsfähigkeit aufgestellt (s. oben Ziff. 1), noch hat es der 16 jährigen oder einer anderen niedriger gesteckten Altersgränze die Bedeutung einer Präsumtion der bis dahin mangelnden Zurechnungsfähigkeit beigelegt, sondern es hat sich begnügt, das jugendliche Alter bis zum zurückgelegten 16. Lebensjahre mit dem gesetzlichen Charakter einer Periode der zweifelhaften Zurechnungsfähigkeit zu bekleiden, demgemäß den Organen der Strafrechtspflege zur Aufgabe gemacht, in jedem vorkommenden Falle zu prüfen, nicht etwa blos ob die jugendliche Person unter 16 Jahren überhaupt und im Allgemeinen kriminalistisches Unterscheidungsvermögen, sondern ob sie „die zur Unterscheidung der Strafbarkeit ihrer (konkreten) That erforderliche Ausbildung" besessen oder derselben ermangelt hat[22]). Indem nun der Wortlaut des Gesetzes diese kon-

---

[20]) Berner, Lehrb. S. 117, Grundſ. d. pr. Strfr. S. 64 f., Hälschner, a. a. O. S. 111.

[21]) S. diese Erläut. oben S. 553, insbesondere Anm. 3 und 4.

[22]) Die im Entw. II vorgeschlagene Wortfassung „Unterscheidung der Strafbarkeit ihrer Handlungen" wurde auf Vorschlag von Dr. Edel im GGA. II absichtlich geändert in „Unterscheidung der Strafbarkeit ihrer That", um „keinem Zweifel darüber Raum zu lassen, daß bei der Untersuchung über die Zurechnungsfähigkeit einer Person nicht die Zurechnungsfähigkeit für die Gesammtheit ihrer Handlungen, sondern nur die Zurechnungsfähigkeit in

trete richterliche Prüfung, welche in freier Würdigung aller hier in Betracht kommenden thatsächlichen Verhältnisse zu geschehen hat, in allen Fällen erheischt, wo einer noch nicht 16jährigen Person eine objektiv strafrechtswidrige That zur Last fällt, ohne innerhalb des jugendlichen Alters eine Periode der absoluten Strafunmündigkeit auszuscheiden [23]), so scheint hieraus gefolgert werden zu müssen, daß der Gesetzgeber die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit in jedem Lebensalter (auch bei einem zwei- oder dreijährigen Kinde) für möglich halte, daß wenigstens die Rücksicht auf das noch ganz zarte Alter des Kindes überall keinen Grund zur Unterlassung einer strafgerichtlichen Verfolgung abgeben könne.

Allein dem ist in der That nicht so. Im Gegentheile — wie schon in §. 1 bei dem Rückblicke auf die Entstehungsgeschichte des Art. 76 angedeutet worden ist, so lag es in der ursprünglichen Intention des Gesetzgebers, geradezu eine Periode der absoluten Strafunmündigkeit zu statuiren und dieselbe nicht blos bis zum vollendeten 7. oder 8., sondern bis zum vollendeten 12. Lebensjahre zu erstrecken [24]). Wenn die desfallsige Bestimmung des Entw. von 1855 gleichwohl im Entw. v. 1860 nicht reproduzirt, sondern hier von der Aufstellung eines Termines absoluter Strafunmündigkeit gänzlich Umgang genommen und unter Billigung der übrigen Gesetzgebungsfaktoren lediglich ein Zeitraum relativer Strafmündigkeit (bis zum 16. Lebensjahre) aufgestellt worden ist, so war der Grund hiefür, wie oben S. 554 bereits hervorgehoben wurde, zunächst ein äußerer und durch das bezüglich der Unterbringung jugendlicher Personen in eine Erziehungsanstalt adoptirte System

---

Bezug auf die konkrete That, welche den Gegenstand der Untersuchung bildet, ins Auge zu fassen sei" — wobei noch erläuternd hinzugefügt wurde, daß sich bei jugendlichen Personen das Bewußtsein der Strafbarkeit der That nicht gleichzeitig für alle strafbaren Handlungen entwickle, sondern daß es früher bestehe in Bezug auf die schwersten dolosen Verbrechen, als in Bezug auf kulpose Handlungen, Polizeiübertretungen, Nichterfüllung staatsbürgerlicher Verpflichtungen, s. Verh. d. GGA. II. 2 S. 13.

[23]) Wie dies das gemeine Recht für das Alter der infantia, das ältere bayer. StGB. für das Lebensalter bis zum vollendeten 8., andere neuere Gesetzgebungen bis zum vollendeten 10. oder 12. Lebensjahre bestimmt haben, s. diese Erläut. oben S. 553 Anm. 5 und 6.

[24]) Entw. I Art. 57: Gegen Kinder, welche zur Zeit der Begehung der That das 12. Lebensjahr noch nicht zurückgelegt haben, findet eine gerichtliche Verfolgung und Bestrafung wegen Verbrechen oder Vergehen nicht Statt. Sie sind, wenn sie ein Strafgesetz übertreten haben, ihren Eltern, Vormündern

an die Hand gegeben[25]), nicht aber ist eine Aenderung der gesetzgeberischen Ueberzeugung selbst hinsichtlich der absoluten Unzurechnungsfähigkeit von Kindern unter 12 Jahren aus den Verhandlungen irgendwie ersichtlich. Obwohl daher in der zum Gesetze erhobenen Fassung des Art. 76 Abs. 1 die ursprünglich beabsichtigte Unterscheidung zwischen jugendlichen Personen unter und solchen über 12 Jahren fallen gelassen und für alle Individuen unter 16 Jahren eine gleichförmige Bestimmung getroffen worden ist, so hat doch der Gesetzgeber nicht entfernt an die Möglichkeit gedacht, daß ein drei- oder vierjähriges oder selbst ein neun- oder zehnjähriges Kind einer öffentlichen Strafe unterworfen oder auch nur auf die Anklagebank gebracht und einer auf dasselbe demoralisirend zurückwirkenden öffentlichen Verhandlung ausgesetzt werde. Die Praxis wird sich daher im Einklange mit dem Willen des Gesetzgebers befinden, wenn sie „an dem uralten Satze der unbedingten Zurechnungsunfähigkeit von Kindern unter sieben (ja selbst unter zwölf) Jahren festhält" [26]). Es bedarf übrigens auch in jenen Fällen, in welchen die strafrechtliche Unzurechnungsfähigkeit des jugendlichen Individuums nicht schon von vornherein außer Zweifel steht, sondern eine konkrete Untersuchung und Würdigung dieser Frage stattzufinden hat, keineswegs immer einer Verweisung vor das aburtheilende Gericht; vielmehr hat schon das zur Beschlußfassung über die VU. berufene Gericht diese Frage seiner Beurtheilung zu unterstellen und, wenn es aus den Ergebnissen der VU. die Ueberzeugung gewinnt, daß der jugendlichen Person, ungeachtet der objektive Thatbestand und die Thäterschaft hinreichend gegen sie erwiesen scheint, zur Zeit der That die zur Unterscheidung der Strafbarkeit derselben

oder Erziehern zur häuslichen Züchtigung zu überlassen . . — Diese Bestimmung erhielt bei den Verh. des GGA. II vom J. 1856/57 die ausdrückliche Billigung des Referenten und wurde auch sonst von keiner Seite beanstandet, s. die angef. Verh. d. GGA II, 1 S. 52, 217 ff., GGA. I, 1 S. 285 f. und Beil.-Bd. S. 146.

[25]) Motive zum Entw. II in GGA. II, 2 Beil.-Bd. II S. 54 f.

[26]) Berner, Grundsätze d. pr. Str. S. 67. — Daß und warum gleichwohl auch bei offenbar unzurechnungsfähigen Kindern im Falle einer von ihnen begangenen äußerlich strafrechtswidrigen That regelmäßig die Einleitung einer gerichtlichen Untersuchung, in einem Falle (Art. 76 Abs. 3) sogar ihre Vorgerichtstellung erfordert wird, darauf wird hernach sub II und in der Erläut. zu Art. 76 Abs. 2 und 3 näher zurückzukommen sein, — Veranlassung und Aufgabe der gerichtlichen Untersuchung ist aber hier überall nicht Eruirung der etwa noch zweifelhaften Zu- oder Unzurechnungsfähigkeit des Kindes, sondern dieselbe liegt in einer ganz anderen Richtung.

erforderliche Ausbildung gefehlt habe, unter Umgangnahme von einer Verweisung die entsprechende Verfügung (Einstellung des Verfahrens) zu treffen. Nur dann, wenn selbst die durchgeführte VU. in der fraglichen Hinsicht noch Zweifel bestehen läßt, deren Hebung erst von der öffentlich-mündlichen Verhandlung erwartet werden kann, hat die Beweisung des jugendlichen Individuums vor das erkennende Gericht zu erfolgen, damit der Richter der That und Schuld (also im Schwurgerichtsgerichtsprozesse, soweit ein solcher im Hinblicke auf Art. 79 hier überhaupt stattfindet, die Jury) über die zweifelhafte Frage der Zurechnungsfähigkeit entscheide.

II. Hat nun aber einer jugendlichen Person unter 16 Jahren die zur Unterscheidung der Strafbarkeit ihrer That erforderliche Ausbildung gefehlt, so ist dieselbe, mag auch ihre äußere Thäterschaft (oder Theilnahme) noch so evident hergestellt sein, straflos, die Zurechnung der That zur strafrechtlichen Schuld ist ausgeschlossen. Hieraus folgt:

1) Da strafgerichtliche Verfolgungen nur wegen strafwürdiger Handlungen stattzufinden haben, so ist, wenn (wie namentlich bei infantes) die kriminalistische Unzurechnungsfähigkeit schon von vorneherein außer Zweifel steht, eine strafrichterliche Einschreitung ganz zu unterlassen und die etwa begonnene sofort wieder einzustellen. Dieser als einfache Konsequenz des Prinzipes sich darstellende Satz erleidet nun aber allerdings Angesichts der Bestimmungen des Art. 76 Abs. 2 und 3 eine durchschlagende Modifikation in allen den Fällen, in welchen die Anordnung der hier vorgesehenen Maßregel (Unterbringung des unzurechnungsfähigen jugendlichen Individuums in einer Erziehungsanstalt für verwahrloste jugendliche Personen) in Frage kommen kann. Zuständig zur Anordnung dieser Maßregel sind nemlich nur die Gerichte und zwar nur das zur Beschlußfassung über die VU. oder das zur Aburtheilung kompetente Gericht; damit nun diese Gerichte mit voller Sachkenntniß, welche sich nicht blos auf die Beschaffenheit der verübten That, sondern und ganz besonders auch auf die Familienverhältnisse und die Art der Erziehung des jugendlichen Individuums zu erstrecken hat, über die Opportunität der Anordnung der fraglichen Maßregel entscheiden können, zu diesem Behufe müssen ihnen durch eine vorausgängige gerichtliche Untersuchung oder Verhandlung die erforderlichen Anhaltspunkte gegeben werden. Hieraus ergibt sich also für die in Art. 76 Abs. 2 und 3 begriffenen Straffälle das Bedürfniß strafgerichtlichen Einschreitens (durch Eröffnung und Durchführung einer Untersuchung bezw. sogar Vorgerichtstellung der jugendlichen Person), auch wenn die strafrechtliche Unzurechnungsfähigkeit dieser Person schon von Anfang an klar vor Augen liegt. Hingegen kann, darf und soll in jenen Fällen, wo wegen Mangels der

rechtlichen Voraussetzungen[27a]) die Anordnung der vorhin angegebenen Maßregel überall nicht in Frage kommen kann, ebenso aber auch dann, wenn nach den konkreten Umständen (weil sie eine Verwahrlosung in der Erziehung in keiner Weise anzunehmen berechtigen) von vornherein die Nichtanwendung der fraglichen Maßregel Seitens des hiefür kompetenten Gerichtes als zweifellos erscheint, von jeder gerichtlichen Einschreitung gegen offenbar unzurechnungsfähige Kinder Umgang genommen werden, da dieselbe hier völlig illusorisch wäre [27b]).

2) Ist eine strafrechtliche Untersuchung gegen eine jugendliche Person unter 16 Jahren durchgeführt worden und begründen ihre Ergebnisse die Ueberzeugung, daß dieser Person zur Zeit der Begehung der That die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit gefehlt habe, so hat das zur Beschlußfassung über die VU. berufene Gericht (die Rathskammer des Bezirksgerichtes, gegebenen Falles auch die Anklagekammer des Appellationsgerichtes) die Einstellung des Verfahrens zu beschließen — vorbehaltlich jedoch der nach Art. 76 Abs. 2 und 3 noch etwa sonst veranlaßten Anordnung.

3) Hat, weil die Zweifel über die Zurechnungsfähigkeit des jugendlichen Individuums durch die Ergebnisse der VU. noch nicht gelöst wurden, eine Verweisung desselben in die öffentliche Sitzung des aburtheilenden Gerichtes (in der Regel des Bezirks-, unter Umständen jedoch auch des

---

[27a]) Weil nemlich die strafbare Handlung, welche der jugendlichen Person zur Last gelegt wird, nicht eine mit Todes- oder Zuchthausstrafe oder mit einer im höchsten Maße zwei Jahre übersteigender Gefängnißstrafe bedrohte vorsätzliche That oder ein (wenn auch nur im Uebertretungsgrade strafbarer) Diebstahl ist. Zwar kann, was die Uebertretung des Diebstahls betrifft, nicht schon im ersten derartigen Falle, sondern erst im Wiederholungsfalle die fragliche Besserungsmaßregel angeordnet werden; allein nach ausdrücklicher Bestimmung des Abs. 3 muß auch schon wegen des früheren Diebstahls strafrichterliches Einschreiten erfolgt gewesen sein, damit im späteren Wiederholungsfalle die in Rede stehende Maßregel Platz greife.

[27b]) Hiemit übereinstimmend Weis, Komm. I S. 228 f. A. M. Hocheder, Komm. S. 380 f., welcher die Nothwendigkeit der Einleitung einer strafgerichtlichen Untersuchung unterschiedslos in allen Fällen behauptet, „so oft sich der Verdacht einer strafbaren That gegen eine Person unter 16 Jahren ergibt . . . also auch bei Personen von so zartem Alter, daß die kriminelle Unzurechnungsfähigkeit derselben von vornherein auf der Hand liegt.“ Allein die von Hocheder weiter beigefügten Bemerkungen über Grund und Zweck der in solchen Fällen einzuleitenden Untersuchung führen eigentlich von selbst zu den oben im Texte hervorgehobenen Einschränkungen seines Satzes.

Schwurgerichtes) stattgefunden, so ist die beschuldigte jugendliche Person, wenn sich der Richter der That und Schuld nach dem Resultate der Verhandlung von dem Vorhandengewesensein ihrer strafrechtlichen Zurechnungsfähigkeit nicht hinreichend überzeugt findet (schon der Zweifel muß hier zu Gunsten des Beschuldigten wirken), für nichtschuldig zu erklären und demgemäß freizusprechen — übrigens auch hier mit Vorbehalt der nach Art. 76 Abs. 2 und 3 in den hier bezeichneten Fällen dem gerichtlichen Ermessen anheimgegebenen Anordnung der Unterbringung der jugendlichen Person in einer Erziehunganstalt. Immerhin — auch wenn das Gericht von dieser letzteren Befugniß Gebrauch macht, treten die regelmäßigen Wirkungen der Freisprechung ein (die Unterbringung in einer Erziehungsanstalt ist keine Strafe): es kann daher der wegen mangelnder Zurechnungsfähigkeit Freigesprochene nicht in die Kosten des Verfahrens verurtheilt [28]), es kann im Urtheile nicht seine Stellung unter Polizeiaufsicht für zulässig erklärt [29]), er kann bei späterer Verübung eines gleichartigen Deliktes nicht als rückfällig behandelt werden [30]).

Schließlich bedarf es nach dem, was zu Art. 52 und Art. 65 Abs. 3 des StGB. erörtert worden ist (s. oben S. 276 und 390 f.), nur der Bemerkung, daß, wenn mit der als strafunmündig erkannten Person andere strafmündige Personen als Thäter, Theilnehmer oder Begünstiger konkurriren, durch die Freisprechung der ersteren die Anwendung der gesetzlichen Strafe gegen die letzteren in keiner Weise gehindert wird.

§. 3. Zu Art. 76 Abs. 2 u. 3. Zulässigkeit von Besserungszwang gegen strafunmündige Uebertreter.

Bleibt bei noch mangelnder kriminalistischer Zurechnungsfähigkeit des

---

28) In der französischen Jurisprudenz ist zwar dieser Satz bestritten (s. Gilbert C. pén. Art. 66 Nr. 12), allein für das diesrheinische Bayern kann derselbe im Hinblicke auf Art. 204 Abs. 2 des Strafprozeßges. v. 10. Nov. 1848 („wird der Angeklagte freigesprochen, so kann er in die Tragung der Prozeßkosten nicht verurtheilt werden") nicht beanstandet werden.

29) StGB. Art. 36: Die wegen einer strafbaren Handlung Verurtheilten können unter Polizeiaufsicht gestellt werden . . . — Auf die im Art. 28 des StGB. bezeichneten Urtheilsfolgen kann gegen jugendliche Personen unter 16 Jahren selbst im Falle ihrer Verurtheilung nicht erkannt werden (Art. 78 Abs. 1).

30) Berner, Grundſ. S. 68, Gilbert a. a. O. Nr. 9.

jugendlichen Uebertreters die strafrechtliche Beahndung desselben schlechthin ausgeschlossen, so erscheint andererseits die Handhabung ernster energischer Zucht gegen denselben als ein um so dringenderes Bedürfniß — sowohl im Interesse seiner selbst, um ihn auf der betretenen abschüssigen Bahn aufzuhalten, als auch im Interesse der bürgerlichen Gesellschaft, welche Bürgschaften gegen weitere Vergehungen dieser Person zu fordern berechtigt ist. Unter normalen Verhältnissen wird nun diese Zucht am zweckmäßigsten als häusliche im Kreise der Familie von den Eltern, Vormündern und sonstigen erziehungsberechtigten Personen geübt. Allein Angesichts der Erfahrungsthatsache, daß die von strafunmündigen Personen begangenen Rechtsverletzungen in den meisten Fällen auf eine schlechte und vernachlässigte Erziehung derselben zurückzuführen, daß in gewissen Gesellschaftsklassen (wie namentlich bei Bettlern, Landstreichern rc.) die Eltern für ihre Kinder statt Erzieher zum Guten häufig genug Verführer zum Bösen sind, durfte sich der Gesetzgeber nicht schlechthin mit der Verweisung auf die häusliche Zucht in der Familie begnügen, sondern er mußte auf ein Surrogat der hier mangelnden Familienzucht bedacht sein.

Von diesen Erwägungen geleitet hatte schon der Entw. von 18⁵²/₅₃ in Art. 57 vorgeschlagen, strafunmündige Personen [31]), „wenn sie ein Strafgesetz übertreten haben, ihren Eltern, Vormündern oder Erziehern zur häuslichen Züchtigung zu überlassen, vorbehaltlich der Aufsicht und Mitwirkung der einschlägigen Polizeibehörde, welche nach Umständen ihre Unterbringung in einem Erziehungs- oder Besserungshause verfügen kann."

Diese Bestimmung, soweit sie die „polizeiliche Mitwirkung" betraf, wurde jedoch von dem Refer. des GGA. II zunächst aus dem formellen Grunde beanstandet, weil sie, wenigstens soweit es sich dabei um Kinder unter 12 Jahren handle, überall nicht in das StGB., sondern in ein Polizeigesetz gehören [32]). Im Verlaufe der Ausschußberathungen wurden dann insbesondere die Fragen ventilirt: ob es überhaupt angemessen sei, solche polizeiliche Maßregeln in das StGB. aufzunehmen, bejahendenfalls, ob

[31]) Hiezu gehörten aber nach dem Systeme des Entw. I (Art. 57) Kinder unter 12 Jahren schlechthin (gegen diese sollte eine gerichtliche Verfolgung wegen der von ihnen begangenen strafbaren Handlungen überall nicht stattfinden), ebenso aber auch Personen zwischen 12 und 16 Jahren, wenn ihnen (nach Maßgabe der angestellten gerichtlichen causae cognitio) die zur Unterscheidung der Strafbarkeit ihrer Handlung erforderliche Ausbildung noch gänzlich fehlt.

[32]) Verh. d. GGA. II, 1. Bd. I S. 53, 217.

man solche auch gegen Kinder unter 12 Jahren verhängen solle, ferner ob man die Anordnung derselben den jedenfalls zum Vollzuge berufenen Verwaltungsorganen überlassen, oder aber den Gerichten vorbehalten, sowie (unter der letzteren Voraussetzung) ob man die Ermächtigung hiezu lediglich den erkennenden Gerichten, welche auf Grund der stattgehabten öffentlich-mündlichen Verhandlung zugleich mit der Freisprechung die entsprechende Anordnung zu treffen hätten, oder auch den Verweisungssenaten zugestehen solle, welche schon gelegentlich des Beschlusses auf Einstellung des Verfahrens die Unterbringung der angeschuldigten jugendlichen Person in einer Erziehungsanstalt verfügen könnten, — endlich, ob die Zulässigkeit dieser Maßregel an bestimmte rechtliche Voraussetzungen zu knüpfen und wie sie hinsichtlich ihrer Dauer zu beschränken sei? [33]).

Das Ergebniß dieser Berathungen war, daß vom GGA. II der Standpunkt des Entw. I in wesentlichen Beziehungen verlassen, demgemäß beschlossen wurde, bei Kindern unter 12 Jahren jedes polizeiliche Eingreifen auszuschließen, hingegen bei Personen zwischen 12 und 16 Jahren im Falle der von ihnen geschehenen Verübung des schwereren Delikts (ähnlich wie nach C. pénal Art. 66 und nach dem preuß. StGB. §. 42) dem Ermessen des erkennenden Richters anheimzugeben, in dem wegen Strafunmündigkeit freisprechenden Erkenntnisse zu bestimmen, ob die jugendliche Person ihrer Familie überwiesen oder in eine Erziehungsanstalt für verwahrloste Personen untergebracht werden solle, letzterenfalls den Vollzug der Maßregel sowie die Bestimmung der Dauer des Aufenthaltes in der Anstalt, wofür als äußerster Termin das vollendete 18. Lebensjahr festgesetzt wurde, den einschlägigen Verwaltungsbehörden und -Stellen zu überlassen [34]).

In den Verh. des GGA. I vom Jahre 1857 wurde jedoch nach dem Wunsche der Staatsregierung bezüglich der Kinder unter 12 Jahren die spontane „Mitwirkung der einschlägigen Polizeibehörde, welche nach Umständen ihre Unterbringung in einem Erziehungs- oder Besserungshause verfügen kann", ganz im Sinne der Regierungsvorlage wiederhergestellt, während bezüglich der Personen zwischen 12 und 16 Jahren den vom GGA. II in Art. 77 vorgeschlagenen Bestimmungen im Wesentlichen (und von einer ausdehnenden Modifikation abgesehen) beigestimmt wurde [35]).

---

[33]) Verh. d. GGA. II, 1 Bd. I S. 218—229.

[34]) Verh. d. GGA. II, 1 a. a. O. S. 229, wo sich der Wortlaut der dem Art. 57 des Entw. I substituirten Art. 76 und 77 abgedruckt findet.

[35]) Verh. d. GGA. I, 1 S. 284—290.

Bei der Umarbeitung des Entw. im Jahre 1860 konnte die Staatsregierung das Gewicht der Gründe, welche gegen die im bisherigen Entw. geforderte, vom GGA. II aber bekämpfte Befugniß der Polizeibehörde zur selbstständigen Verfügung der fraglichen Besserungsmaßregel geltend gemacht wurden, nicht verkennen, sie sah sich daher zur Anerkennung des Prinzips veranlaßt, „daß nur das über die Zurechnungsfähigkeit des jugendlichen Angeschuldigten erkennende Gericht auch kompetent sei, über dessen Unterbringung in einer Besserungsanstalt zu entscheiden.“ Andererseits aber war klar, daß mit der konsequenten Durchführung dieses Prinzips die von der Staatsregierung ursprünglich beabsichtigte und auch von den beiden GGA. gebilligte unbedingte Ausschließung jeder strafrichterlichen Kognition bei Kindern unter 12 Jahren sich nicht vereinbaren lasse, weil sonst „der Mißstand sich ergeben würde, daß gegen Kinder solchen Alters die Unterbringung in einem Besserungshause, wie dringend sie auch durch die Umstände geboten wäre, doch wegen Mangels einer zuständigen Behörde niemals angeordnet werden könnte [36].“ Aus diesem (und nur aus diesem) Grunde wurde in Art. 76 des Entw. von 1860 die bis dahin festgehaltene Unterscheidung zwischen jugendlichen Personen unter und solchen über 12 Jahren aufgegeben und für alle hier in Betracht kommenden Individuen die gleichförmige Bestimmung getroffen, daß die Gerichte über ihre Zurechnungsfähigkeit zu erkennen und gegebenenfalls (wenn sie bei schwereren Delikten die Straflosigkeit aussprechen) zugleich auch über die Unterbringung in einer Erziehungsanstalt zu entscheiden haben — eine Befugniß, welche jetzt aber in Art. 76 Abs. 2 nicht mehr blos den aburtheilenden, sondern (im Interesse der Vereinfachung und um in unzweifelhaften Fällen die hier unläugbar bestehenden Inkonvenienzen einer öffentlichen Verhandlung zu vermeiden) auch den zur Beschlußfassung über die VU. berufenen Gerichten für den Fall der von ihnen verfügten Einstellung des Verfahrens übertragen wurde [37].

Diese Erwägungen fanden denn auch den Beifall der beiden GGA. und wurde daher der Art. 76 Abs. 2 des Entw. II mit einigen redaktionellen Aenderungen zum Gesammtbeschlusse erhoben, demnächst aber auf Antrag des Ref. II [38]) noch eine Ausdehnung seiner Tragweite auf gewisse in

---

[36]) Motive zu Art. 76 des Entw. II in den Verh. d. GGA. II, 2 (Beil.-Bd. II) S. 54 f.

[37]) Motive zu Art. 76 des Entw. II a. a. O. S. 55.

[38]) Verh. d. GGA. II, 2 S. 95 f.

Abs. 2 noch nicht gegriffene Fälle durch Einschaltung eines weiteren Absatzes (des heutigen Abs. 3) beschlossen.

Nach diesen einleitenden Bemerkungen wird sich der Gesammtinhalt der in Art. 76 Abs. 2 und 3 getroffenen Bestimmungen in einer übersichtlichen und zugleich erschöpfenden Weise darlegen lassen, wenn zuerst der allgemeine Charakter der hier in Frage stehenden Maßregel, sodann die Zuständigkeit, endlich die gesetzlichen Voraussetzungen für die Anordnung derselben in Kürze erörtert werden.

1. Die Unterbringung in einer Erziehungsanstalt [39]) ist keine Strafe (s. oben S. 565), sondern lediglich eine Zucht- und Besserungsmaßregel, welche bei strafunmündigen, in der Erziehung vernachlässigten und sittlich verwahrlosten Personen die fehlende Familienzucht zu ersetzen bestimmt ist. Hieraus folgt, daß der Vollzug dieser Maßregel schlechthin nicht in einer Strafanstalt, insbesondere auch nicht in einer der für (zurechnungsfähige) jugendliche Personen bestimmten Gefangenanstalten (Art. 80), sondern in einer sowohl hinsichtlich des Ortes als des ganzen Charakters davon verschiedenen „Erziehungsanstalt für verwahrloste jugendliche [40]) Personen" zu geschehen hat. Die Staatsregierung ist hienach gesetzlich verpflichtet, solche Anstalten, soweit sie nicht bereits vorhanden sind, in der erforderlichen Zahl zu errichten und ihrer Zweckbestimmung gemäß einzurichten. Doch bleibt es, wie bei den GGA.-Verh. im Jahre 1857 allseits anerkannt wurde [41]), der Staatsregierung unbenommen, nach ihrem freien

---

[39]) Preuß. StGB. §. 42 „Besserungsanstalt", C. pén. Art. 66 „maison de correction."

[40]) Das in der Fassung des Reg.-Entw. fehlende Wort „jugendliche" wurde auf Antrag des Ref. II eingeschaltet, um die Möglichkeit auszuschließen, verwahrloste jugendliche Personen in derartigen für verwahrloste Personen höheren Alters (namentlich des weiblichen Geschlechtes) bestehenden Anstalten unterzubringen. Ref. II, 2 S. 137.

[41]) Verh. d. GGA. II, 1 Bd. I S. 228. Es wurde hier sogar von einzelnen Ausschußmitgliedern geäußert, daß bei unseren gegenwärtigen Zuständen solche Anstalten viel besser in den Händen von Privatvereinen seien, als in denen der staatlichen Behörden, indem in Privatanstalten, als Pflegerinnen der Humanität, bei geringeren Kosten besser für die Erziehung gesorgt werde, als in Staatsanstalten mit ihrem ertödtenden büreaukratischen Mechanismus. — Bekannt ist, daß die Staatsregierung unter der Herrschaft der neuen StGB. von der Befugniß zur Benützung solcher Privatanstalten den umfassendsten Gebrauch gemacht hat.

Ermessen zu diesem Zwecke auch etwa bestehende derartige Privatanstalten (z. B. Rettungshäuser für verwahrloste jugendliche Personen, welche von einzelnen Privatpersonen, Korporationen oder Vereinen errichtet sind) nach Uebereinkunft mit den Eigenthümern oder Vertretern dieser Anstalten zu benützen. Was im Uebrigen den Vollzug und insbesondere die Dauer dieser Maßregel betrifft, s. unten die Erläut. zu Art. 76 Abs. 4 ff.

II. Zuständig zur Anordnung der Unterbringung von jugendlichen Uebertretern in einer Erziehungsanstalt sind (ohne Unterschied des Alters dieser Personen) lediglich die Gerichte, aber nicht schon die Untersuchungsrichter, sondern nur theils die zur Beschlußfassung über die VU. berufenen, in geheimer Sitzung thätig werdenden gerichtlichen Uebergangsbehörden (Rathskammer des Bezirksgerichtes, Anklagekammer des Appellationsgerichtes [12]), theils die nach vorgängiger öffentlich-mündlicher Verhandlung in erster bezw. in zweiter Instanz erkennenden Strafgerichte (Einzeln-, Bezirks-, Appellations-, Schwurgerichte). Die ersteren haben, wenn die Voraussetzungen gegeben und die Umstände dazu angethan sind, die Unterbringung in einer Erziehungsanstalt in und zugleich mit dem Beschlusse auf Einstellung des Verfahrens, die letzteren in dem freisprechenden Erkenntnisse anzuordnen. Hierin liegt schon ausgesprochen, daß die genannten Gerichte in ihren bezüglichen Erkenntnissen nicht etwa blos (wie nach Art. 36 f. hinsichtlich der Stellung unter Polizeiaufsicht und nach Art. 40 hinsichtlich der Verwahrung in einer Polizeianstalt) die Zulässigkeit der Maßregel, deren wirkliche Anordnung dann den Polizeibehörden anheimge-

[12]) Auch gegen die desfallsige Zuständigkeit der Verweisungsgerichte wurden von einzelnen Mitgliedern des GGA. II Bedenken erhoben, „da bei einem Ausspruche in geheimer Sitzung dem Richter die Autopsie mangle und erfahrungsgemäß das ohnehin sehr kurze Berufungsfatale gegen die in geheimer Sitzung gefaßten Beschlüsse sehr leicht versäumt werde." Diesen Bedenken wurde jedoch entgegengehalten, daß „die Folgen der Aburtheilung in öffentlicher Sitzung für einen jungen Menschen viel bedenklicher und für dessen Eltern weit fühlbarer seien, als die in geheimer Sitzung zugleich mit der Einstellung des Verfahrens beschlossene Einlieferung, wie denn auch in der Regel schon in der VU. die nöthigen Erhebungen über Familienverhältnisse u. dgl. gepflogen sein (oder im Wege der Ergänzung von dem Verweisungssenate angeordnet werden) würden und auch die Modalitäten der Unterbringung von der Art seien, daß ein Nachtheil für den jungen Menschen, sowie eine Gleichachtung seines Aufenthaltes in der Erziehungsanstalt mit einer Straferstehung nicht zu befürchten sei." Verh. d. GGA. II, 2 S. 13 f.

geben wäre[43]), sondern daß sie die Unterbringung selbst auszusprechen haben, so daß den Polizeibehörden nur der Vollzug der von den zuständigen Gerichte angeordneten Unterbringung übrig bleibt[44]).

III. Die gesetzlichen Voraussetzungen, durch deren Vorhandensein die gerichtliche Anordnung der fraglichen Maßregel bedingt ist, sind (abgesehen von dem zur Zeit der That noch nicht überschrittenen jugendlichen Alter)

a) in Gemäßheit der Regel des Abs. 2:

1) es muß der noch nicht sechszehnjährigen Person eine mit Todes- oder Zuchthaus- (also mit Verbrechens-) Strafe oder doch eine mit im höchsten Maße[45]) zwei Jahre übersteigender Gefängniß- (also mit einer schwereren Vergehens-) Strafe bedrohte vorsätzliche That zur Last fallen. Das Gesetz gestattet also die Anordnung der Unterbringung in einer Erziehungsanstalt schlechthin nicht wegen blos fahrlässiger Rechtsverletzungen, da sich in solchen wohl Mangel an Ueberlegung, vielleicht auch jugendlicher Muthwille, nicht aber eine besondere Verdorbenheit des Gemüthes bekundet. Auch nicht einmal wegen aller dolosen Deliktshandlungen ist jene Maßregel zulässig, sondern in der Regel (und vorbehaltlich der Ausnahme des Art. 76 Abs. 3) ist sie unstatthaft sowohl bei bloßen (wenn auch vorsätzlichen) Uebertretungen, als auch bei leichteren, mit einer verhältnißmäßig nur geringeren (weil auch im höchsten Maße 2 Jahre nicht übersteigenden) Gefängnißstrafe bedrohten Vergehen. Aber auch wegen schwererer vorsätzlicher Vergehen und wegen Verbrechen kann jene Anordnung nur dann stattfinden, wenn der jugendlichen Person die betreffende That wirklich zur Last fällt, d. h. wenn das Verweisungs-

43) Ein hierauf abzielender Antrag (von Dr. Barth) wurde im GGA. II abgelehnt, nachdem der Regierungskommissär bemerkt hatte, es bestehe zwischen den Fällen der Polizeiaufsicht und der Verwahrung in einer Polizeianstalt einerseits und der Einlieferung in eine Erziehungsanstalt andererseits der wesentliche Unterschied, daß es sich dort um eine Maßregel handle, die erst in Zukunft nach erstandener Strafe eintrete, hier aber die Gerichte über eine Maßregel entscheiden sollen, die sogleich einzutreten habe. Verh. des GGA. II, 2 S. 14.

44) Vgl. jedoch Art. 78 Abs. 2, wonach bei Verurtheilung jugendlicher Individuen in den geeigneten Fällen an die Stelle der Verwahrung in einer Polizeianstalt die Unterbringung in einer Erziehungsanstalt zu treten hat bezw. im gerichtlichen Erkenntnisse für zulässig zu erklären ist.

45) Das Maximum der gesetzlichen Strafdrohung gibt hier den Ausschlag, gleichviel welches das gesetzlich zulässige Strafminimum ist.

gericht aus den Ergebnissen der VU.[46]), bezw. wenn das erkennende Gericht aus den Ergebnissen der Hauptverhandlung die hinreichende Ueberzeugung gewonnen hat, daß die fragliche That überhaupt und daß sie von diesem jugendlichen Individuum begangen worden ist. Dieser der grammatikalischen Bedeutung entsprechende Sinn der Worte „zur Last fällt" ergibt sich auch ganz unzweideutig aus dem gesetzlich geforderten zweiten Requisite:

2) es muß auf Freisprechung[47]) der jugendlichen Person oder auf Einstellung des Verfahrens gegen dieselbe, aber lediglich auf Grund der Bestimmung des Art. 76 Abs. 1 (weil derselben die zur Unterscheidung der Strafbarkeit ihrer That erforderliche Ausbildung gefehlt hat) erkannt werden. Würde also die Freisprechung oder die Einstellung des Verfahrens aus einem anderen Grunde (z. B. weil der objektive Thatbestand oder die Thäterschaft der beschuldigten jugendlichen Person nicht hinreichend hergestellt ist) oder doch nicht lediglich aus dem Grunde der Strafunmündigkeit erfolgen (z. B. weil abgesehen von der Jugend der Person die Zurechenbarkeit ihrer That auch durch stattgehabte Gewalt oder Drohung oder durch Nothwehr, Nothstand u. dgl. ausgeschlossen erscheint), so kann vom Gerichte die Unterbringung in einer Erziehungsanstalt nicht angeordnet, sondern es muß die betreffende jugendliche Person, wie auch sonst die Umstände gelagert sein mögen, ihrer Familie zurückgegeben werden. Da nun die Freisprechung bezw. Einstellung des Verfahrens lediglich aus dem Grunde des Art. 76 Abs. 1 eine gesetzliche Voraussetzung für die Statthaftigkeit der Maßregel des Abs. 2 bildet, so muß das Vorhandensein dieser Voraussetzung aus dem Erkenntnisse selbst ersichtlich und folglich in demselben ausdrücklich konstatirt werden. Dieser nicht zu umgehenden Anforderung vermögen denn auch die gewöhnlichen (Beamten-)Gerichte um so leichter zu entsprechen, als sie ohnehin zur Motivirung ihrer Erkenntnisse gesetzlich verpflichtet sind. Anders hingegen verhält es sich in Ansehung der

---

[46]) Hierin liegt allerdings eine (durch kriminalpolitische Gründe gerechtfertigte, s. Anm. 42) Abweichung von dem Prinzipe der Mündlichkeit des reformirten Strafprozesses. — Es versteht sich übrigens von selbst, daß, wenn die Ergebnisse der VU. noch Zweifel über That und Thäterschaft bestehen lassen, deren Aufklärung von der mündlichen Verhandlung erwartet werden kann, die Verweisung der Sache in die öffentliche Sitzung stattzufinden hat. Vgl. Weis, Komm. Bd. I S. 223 f.

[47]) Inwieferne bei Verurtheilungen jugendlicher Personen die Unterbringung in einer Erziehungsanstalt als surrogatorische Straffolge für zulässig erklärt werden kann, s. Art. 78 Abs. 2 und oben Anm. 44.

Schwurgerichte, bei welchen die Geschworenen zum Urtheile über die Schuld (welche die Zurechnungsfähigkeit des Beschuldigten zur Voraussetzung hat) berufen, aber zur Motivirung ihres Verdiktes gesetzlich nicht ermächtigt sind. Es läßt sich daher aus der einfachen Verneinung der Schuldfrage durch die Geschworenen nicht ersehen, aus welchem Grunde dieselben ihr Nichtschuldig ausgesprochen, ob sie dasselbe lediglich aus dem Grunde des Art. 76 Abs. 1 oder aus einem anderen Grunde erklärt haben. Da nun einerseits, ohne die grundsätzliche Vertheilung der Attributionen zwischen Jury und Schwurgerichtshof zu verrücken, dem letzteren nicht die Befugniß zur interpretativen Ergänzung des Geschworenenwahrspruches zugestanden werden kann, andererseits aber auch in solchen zur schwurgerichtlichen Aburtheilung gelangenden Fällen[48]) die gerichtliche Feststellung des Umstandes, daß die Freisprechung (bezw. das Nichtschuldig) lediglich auf Grund der Bestimmung des Art. 76 Abs. 1 erfolgt ist, eine gesetzliche Bedingung für die außerdem unstatthafte Anordnung der Unterbringung in einer Erziehungsanstalt bildet, so mußte der Gesetzgeber für diesen Fall eine besondere Fürsorge treffen. Dies ist geschehen durch Art. 23 des Einf.-Ges. zu dem StGB. und PStGB., welcher bestimmt, daß die Geschworenen, wenn sie einen zur Zeit der That noch nicht 16jährigen Angeklagten lediglich aus dem Grunde der mangelnden strafrechtlichen Zurechnungsfähigkeit für nichtschuldig erklären, dieses bei ihrem Ausspruche ausdrücklich angeben und daß sie vom Schwurgerichtspräsidenten auf diese ihre Obliegenheit aufmerksam gemacht werden müssen[49]).

---

[48]) Diese Fälle werden allerdings im Hinblicke auf Art. 77 und 79, wonach die von Personen unter 16 Jahren begangenen Verbrechen jedenfalls nur Vergehensstrafe nach sich ziehen und auch hinsichtlich des Verfahrens als Vergehen zu betrachten sind, selten genug eintreten, sie können aber ausnahmsweise vorkommen, z. B. wenn die jugendliche Person eine erwachsene Person als Mitschuldigen hat oder wenn dieselbe mehrere Verbrechen und zwar das eine vor, das andere nach vollendetem 16. Lebensjahre begangen hat — Fälle, in welchen die Grundsätze über den besonderen Gerichtsstand des Zusammenhanges Platz greifen, vgl. Walther Lehrb. d. bayer. Strfpr. S. 146 ff, 151 ff.

[49]) S. den Art. 23 und meine Erläut. desselben in dieser Sammlung Thl. III Bd. III S. 127 f. Zur Vervollständigung der dort gegebenen Ausführung ist hier noch zu bemerken, daß die Geschworenen den fraglichen Zusatz, der einen dem Angeklagten ungünstigen Ausspruch enthält, ihrem Verdikte auf Nichtschuldig nur dann beifügen dürfen, wenn sich wenigstens 8 Stimmen

b) Die Regel des Abs. 2 und zwar speziell die erste der hier geforderten Voraussetzungen (lit. a Ziff. 1) erfährt aber eine ausdehnende Modifikation durch den unmittelbar folgenden Abs. 3. Während nemlich die Anordnung der Maßregel des Abs. 2 der Regel nach nur dann zuläßig ist, wenn der als strafunmündig erkannten Person ein Verbrechen oder ein schwereres (mit einer im höchsten Maße 2 Jahre übersteigenden Gefängnißstrafe bedrohtes) vorsätzliches Vergehen zur Last fällt, so gestattet der Abs. 3 diese Maßregel gegen eine jugendliche, für unzurechnungsfähig erkannte Person auch wegen einer ihr zur Last fallenden Uebertretung des Diebstahles [50]) dann, wenn dieselbe schon früher einmal einen Diebstahl begangen hat und lediglich auf Grund der Bestimmung des Abs. 1 deren Freisprechung oder die Einstellung des Verfahrens erfolgt ist. Das legislative Motiv dieser erst nachträglich bei Berathung der Diebstahlsmaterie [51]) auf Vorschlag des Ref. II eingeschalteten Bestimmung liegt in der Erwägung, daß gerade beim Diebstahl Wiederholung und Rückfall höchst bedenklich, daß die Ausbildung eines Hanges zu Diebereien schon in der frühesten Jugend energisch zu bekämpfen, daß mithin, wenn es (wie hier in der Regel) an der straffen häuslichen Zucht fehlt oder wenn jener Neigung von den Erziehern gar noch Vorschub geleistet wird, die surrogatorische Maßregel der Unterbringung in einer Erziehungsanstalt dringendstes Bedürfniß ist; diesem Bedürfnisse würde aber durch die Bestimmung des Abs. 2 allein nicht hinreichend Rechnung getragen sein, da hienach, wenn der der jugendlichen Person gerade eben zu Last liegende Diebstahl nicht von vorneherein schon (wegen der Summe, wegen der Art der Verübung ꝛc.) ein

---

für diesen Zusatz aussprechen; im anderen Falle hat der Zusatz wegzubleiben und hat der Wahrspruch einfach auf Nichtschuldig zu lauten, womit dann von selbst die Anwendung der Maßregel des Art. 76 Abs. 2 des StGB. cessirt. Weis, Komm. I S. 231 f.

[50]) Der Diebstahl ist nach Art. 283 im Uebertretungsgrade (mit Arrest) strafbar, wenn der Werth des Gestohlenen 10 Gulden nicht übersteigt und auch keine sonstigen Erschwerungen vorliegen, welche ihn zum Verbrechen (Art. 274 bis 276) oder zum Vergehen (Art. 282) machen. Als Vergehen und mit Gefängniß nicht unter einem Monate (von 1 Monat bis zu 5 Jahren) strafbar ist der Diebstahl, auch wenn er 10 Gulden nicht übersteigt, zufolge Art. 282 Ziff. 3 insbesondere dann, wenn der Dieb bereits früher wegen eines als Verbrechen, Vergehen oder nach Art. 283 als Uebertretung strafbaren Diebstahls verurtheilt worden ist.

[51]) Verh. d. GGA. II, 2, S. 95 f.

Verbrechen oder ein mit der Strafe des Art. 282 bedrohtes Vergehen bildet, ungeachtet eines oder mehrerer früher schon von ihr begangener und auch gerichtlich konstatirter, aber auf Grund des Art. 76 Abs. 1 straflos gebliebener Diebstähle die Anordnung der Unterbringung in einer Erziehungsanstalt ausgeschlossen bliebe [52]).

Näher betrachtet sind die Voraussetzungen, unter welchen die den Abs. 2 erweiternde Bestimmung des Abs. 3 Platz greift, folgende:

1) es muß der jugendlichen Person ein nach Art. 283 (also im Uebertretungsgrade) strafbarer Diebstahl zu Last liegen, bezüglich dessen Freisprechung oder Einstellung des Verfahrens [53]) lediglich auf Grund der Bestimmung des Abs. 1 erfolgt. Hiernach ist also die Anordnung der in Abs. 2 bezeichneten Maßregel ausgeschlossen, wenn die dem jugendlichen Individuum gerade eben zur Last liegende That nicht die in Art. 283 vorgesehene Uebertretung des Diebstahls, sondern eine andere, wenn auch nächstverwandte Uebertretung ist (z. B. Felddiebstahl nach Art. 284 f., Jagd-, Forst-, Fischereifrevel nach Art. 289 bezw. 292, Unterschlagung nach

---

[52]) Allerdings macht nach Art. 282 Ziff. 3 (s. Not. 50) der Rückfall auch den an sich blos im Uebertretungsgrade strafbaren Diebstahl zum Vergehen, aber nur der Rückfall im eigentlichen Sinne, welcher eine wegen des früheren Diebstahles ergangene Verurtheilung voraussetzt; diese Voraussetzung trifft aber gerade in den hier in Frage stehenden Fällen nicht zu, indem wegen des oder der früheren Diebstähle aus dem Grund der mangelnden Zurechnungsfähigkeit des jugendlichen Individuums Freisprechung bezw. Einstellung des Verfahrens erfolgen mußte. Es würden also der oder die früheren Diebstähle für die strafrechtliche Qualifikation des (abgesehen hievon) blos als Uebertretung strafbaren neuen Diebstahls ganz außer Betracht bleiben.

[53]) Da es sich hier um Diebstahlsübertretungen handelt, welche als solche zur Judikatur der Einzelngerichte gehören, und da (nach Einf.-Ges. Art. 67) in einzelnrichterlichen Uebertretungssachen eine gerichtliche VU. nicht stattzufinden hat, so kann hier in der Regel auch keine Einstellung des Verfahrens, welche eine geführte VU. voraussetzt, sondern statt derselben nur Freisprechung nach gepflogener Verhandlung in öffentlicher Sitzung vorkommen. Gleichwohl mußte das Gesetz auch hier (in Abs. 3) der Einstellung des Verfahrens neben der Freisprechung Erwähnung thun, weil ausnahmsweise aus besonderen Gründen (z. B. wegen objektiver oder subjektiver Konnexität oder weil die That anfänglich als ein schwererer Reat erschien) auch in solchen Uebertretungsfällen die Führung einer VU. bei dem Bezirksgerichte und folglich auch deren Beendigung durch Einstellung des Verfahrens veranlaßt sein kann. Weis a. a. O. S. 223.

Art. 294 Ziff. 1, strafbare Vorenthaltung nach Art. 299 ɪc.). Würde die That zwar eigentlicher Diebstahl, aber nicht eine nach Art. 283 strafbare Uebertretung, sondern ein nach Art. 282 strafbares Vergehen oder gar ein Verbrechen des Diebstahles sein, so kann die in Rede stehende Maßregel unbedenklich und selbst ohne Rücksicht auf das sofort anzuführende zweite Requisit verfügt werden, — aber dies schon nach Maßgabe der Regel des Abs. 2, nicht erst kraft der erweiternden Bestimmung des Abs. 3.

2) Die (wegen der vorliegenden Diebstahlsübertretung auf Grund des Abs. 1 straflos bleibende) jugendliche Person muß schon früher einmal einen Diebstahl (oder auch mehrere) begangen haben, bezüglich dessen lediglich wegen mangelnder Zurechnungsfähigkeit ihre Freisprechung oder Einstellung des Verfahrens erfolgt ist. Auf den strafrechtlichen Charakter des früher begangenen Diebstahles (ob Verbrechen, Vergehen oder Uebertretung) kommt es hienach nicht an, wohl aber muß es ein mindestens nach Art. 283 strafbarer Diebstahl, nicht eine sonstige, vom Gesetze unter besonderem Namen gegriffene rechtswidrige Zueignung fremder Sachen gewesen sein[54]).

---

[54]) Von hier aus wird auch (gegen Hocheder a. a. O. S. 385) die Frage, ob schon die frühere Verübung eines Felddiebstahles (Art. 284) genüge, zu verneinen sein. Der Felddiebstahl ist vom Gesetzgeber wegen seines privilegirten, minder strafbaren Charakters vom sonstigen Diebstahle unterschieden und besonderer Behandlung unterstellt worden; offenbar aus der gleichen Rücksicht (weil Felddiebstähle vom Standpunkte des Strafrichters wie auch des Erziehers gelinder beurtheilt werden dürfen und sollen, als andere Diebstähle) hat das Gesetz im Beginne des Abs. 3 ausdrücklich einen nach Art. 283 strafbaren Diebstahl gefordert und hiemit die Gleichstellung des Felddiebstahles ausgeschlossen. Es wäre darum ein Verkennen der Absicht des Gesetzgebers, wenn man wegen der Allgemeinheit des im weiteren Verlaufe des Abs. 3 gesetzten Ausdruckes „Diebstahl" eine solche Gleichstellung supponiren wollte. In der That würde dies zu dem kaum zulässigen Resultate führen, daß eine strafunmündige Person, welche zuerst einen Felddiebstahl und später einen nach Art. 283 strafbaren Diebstahl begangen hat, in einer Erziehungsanstalt untergebracht werden könnte, während sie im umgekehrten Falle, wenn sie zuerst einen anderen (sei es auch im Vergehensgrade strafbaren) Diebstahl und dann neuerlich einen Felddiebstahl begangen hätte, von dieser Maßregel verschont bleiben und schlechthin ihrer Familie zurückgegeben werden müßte. — Mit der hier vertretenen Ansicht scheint auch Weis a. a. O. S. 222 („da man die in Rede stehende Maßregel bei solchen, die nur Felddiebstähle verübt haben, nicht für gerechtfertigt hielt") übereinzustimmen.

Es muß ferner dieser früher begangene Diebstahl schon vor erfolgter Verübung der neuen Diebstahlsübertretung Gegenstand einer gerichtlichen Untersuchung oder Verhandlung gewesen, durch die Ergebnisse derselben die jugendliche Person hinreichend überführt worden und ihre Bestrafung lediglich im Hinblicke auf Art. 76 Abs. 1 unterblieben sein. Es wäre also die Anordnung der in Abs. 2 bezeichneten Maßregel nicht zulässig, wenn der oder die schon früher begangenen Diebstähle vor der Verübung des neuen noch gar nicht zur gerichtlichen Kognition gelangt, wenn also der Fall einer s. g. realen Konkurrenz mehrerer noch nicht abgeurtheilter Diebstähle gegeben wäre, von welchen keiner für sich allein schon nach der Regel des Abs. 2 die Anwendung der fraglichen Maßregel rechtfertigen würde[55]), — ebensowenig aber auch dann, wenn die seinerzeit wegen des früheren Diebstahles bethätigte Untersuchung oder Verhandlung aus einem anderen Grunde, als wegen mangelnder Zurechnungsfähigkeit der beschuldigten jugendlichen Person zu einem negativen Ergebnisse (Einstellung des Verfahrens bezw. Freisprechung) geführt hätte, was im Zweifel sogar vermuthet werden müßte, sofern nicht das freisprechende oder einstellende Erkenntniß ausdrücklich und lediglich auf Art. 76 Abs. 1 gestützt war.

Sind in einem konkreten Falle die gesetzlichen Voraussetzungen des Art. 76 Abs. 2 (s. lit. a) bezw. des Abs. 3 (s. lit. b) gegeben, so ist (wenigstens gegenüber inländischen jugendlichen Angeschuldigten, bezüglich ausländischer s. Art. 76 Abs. 5 und 6 und unten S. 581 f.) die gerichtliche Anordnung der Unterbringung in einer Erziehungsanstalt zwar nicht obligatorisch, wohl aber zulässig, es ist hier in das freie Ermessen[56]) der zuständigen Gerichte gestellt, unter Erwägung aller in

---

55) Daß die bloße Wiederholung als solche hier absichtlich nicht gegriffen wurde, erhellt aus den Verh. des GGA. II, 2 S. 96. Offenbar zeugt es auch von einem weit höheren Grade von Verdorbenheit, wenn eine jugendliche Person, gegen welche bereits eine gerichtliche Einschreitung stattgefunden hatte, gleichwohl neuerdings ihren Diebsgelüsten nachhängt, als wenn sie ohne eine solche inmitten liegende, warnende Prozedur wiederholentlich Diebereien verübt.

56) Die Anwendung dieses auf thatsächliche Erwägungen gestützten richterlichen Ermessens im konkreten Falle kann nach allgemeinen Grundsätzen wohl im Wege der Berufung an die höhere Instanz, nicht aber (gegenüber letztinstanzlichen Erkenntnissen) mit der Nichtigkeitsbeschwerde bei dem Kassationshofe angefochten, sondern es kann die letztere nur auf den Mangel der vom Gesetze selbst geforderten bestimmten Voraussetzungen gestützt wer-

Betracht kommenden thatsächlichen Verhältnisse die bezeichnete Verfügung in dem freisprechenden Erkenntnisse oder Einstellungsbeschlusse zu treffen oder davon Umgang zu nehmen. Da es sich übrigens hier um eine nicht blos für die jugendliche Person selbst, sondern auch für ihre Angehörigen unter Umständen sehr empfindliche, in das Familienleben tief eingreifende Maßregel handelt, so liegt es in der Natur der Sache und wurde auch bei der Berathung des Art. wiederholt und allseitig anerkannt[57]), daß die Gerichte bei Anordnung dieser Nothmaßregel mit großer Zurückhaltung und schonender Rücksichtsnahme verfahren, demgemäß von der ihnen eingeräumten Befugniß nur in Fällen dringenden Bedürfnisses Gebrauch machen sollen d. h. nur in Fällen, wo einerseits aus dem Charakter der verübten That oder aus sonstigen eruirten Umständen eine besondere Verdorbenheit des Gemüthes der jugendlichen Person hervorgeht, und wo andererseits die mit gewissenhafter Sorgfalt erhobenen Familienverhältnisse derselben die Handhabung einer angemessenen häuslichen Zucht Seitens der Eltern oder der sonstigen zur Erziehung berufenen Personen in keiner Weise erwarten lassen, wie dies namentlich (aber nicht blos) bei Diebs-, Vaganten- und Bettlerfamilien der Fall ist.

Um erhöhte [58]) Garantieen für eine richtige und dem Geiste des Gesetzes entsprechende Handhabung der Bestimmungen in Abs. 2 und 3 zumal in jenen Fällen aufzustellen, in welchen diese Handhabung ohne stattgehabte kontradiktorische Schlußverhandlung von den Anklagegerichten in geheimer Sitzung geschieht, wurde auf Vorschlag des Ref. II [59]) beschlossen, gegen alle über die Unterbringung jugendlicher Personen in einer Erziehungsanstalt entscheidende Erkenntnisse den Rekursweg (in Gestalt der Berufung oder bei letztinstanzlichen Erkenntnissen der Richtigkeitsbeschwerde) und zwar nicht blos dem Staatsanwalt und dem jugendlichen Angeschuldigten selbst, sondern auch derjenigen Person zu eröffnen, welche das Recht der Erziehung des Letzteren hat. Die desfallsige Bestimmung ist aber nicht, wie vom Ref. II anfänglich vorgeschlagen, dem Art. 76 selbst als Abs. 4 einverleibt,

---

den, s. OAGE. v. 10 Juli und 24. Dezbr. 1863 in der Zeitschr. f. Gesetzg. u. Rechtspfl. Bd. X S. 691 u. 1054.

[57]) S. insbesondere GGA. II, 2 S. 14.

[58]) Die nächste und wichtigste Bürgschaft soll nach der Intention des Gesetzes darin bestehen, daß die Anordnung der Unterbringung nicht, wie nach dem Entw. I, den rascher verfahrenden Polizeibehörden, sondern den sorgfältiger abwägenden Gerichten anheimgegeben ist.

[59]) Ref. II, 2. S. 137.

sondern aus Zweckmäßigkeitsgründen in das Einführungsgesetz verwiesen [60]) und daselbst als Art. 24 [61]) eingestellt worden.

§. 4. Forts. Zu Art. 76 Abs. 4 — 7. Vollzug der gerichtlich angeordneten Besserungsmaßregel. Besondere Bestimmungen für ausländische jugendliche Uebertreter. Pflicht zur Bestreitung der Unterhaltskosten.

Abs. 4.

Hat das Gericht zur Anordnung der in Art. 76 Abs. 2 und 3 vorgesehenen Maßregel keine Veranlassung gefunden, so tritt mit der Vollzugsreife des freisprechenden oder Sistirungserkenntnisses der jugendliche Angeschuldigte, falls er bis dahin in Untersuchungshaft war, in den Kreis seiner Familie und unter deren häusliche Zucht zurück. Aber auch wenn das Gericht von der ihm kraft Abs. 2 und 3 zustehenden Befugniß Gebrauch zu machen für gut findet, so hat es sich lediglich auf die Anordnung zu beschränken, daß die als strafunmündig erkannte Person in einer Erziehungsanstalt für verwahrloste jugendliche Personen unterzubringen sei, es hat aber weder die Dauer dieser Unterbringung in seinem Erkenntnisse zu bestimmen, noch sonstwie auf den Vollzug dieser Maßregel einzuwirken. Dieser Vollzug ist vielmehr schlechthin Sache der Verwaltungs-

---

[60]) Verh. des GGA. II, 2 S. 13.

[61]) Art. 24 des Einf.-Ges. „Gegen jedes Erkenntniß, welches über die Unterbringung eines Angeschuldigten, der zur Zeit der That das 16. Lebensjahr noch nicht zurückgelegt hatte, in einer Erziehungsanstalt für verwahrloste jugendliche Personen entscheidet, steht dem Staatsanwalte, dem Angeschuldigten und derjenigen Person, welche das Recht der Erziehung des letzteren hat, das Rechtsmittel der Berufung beziehungsweise der Nichtigkeitsbeschwerde zu. Ist das Erkenntniß gelegenheitlich der Einstellung des Verfahrens in geheimer Sitzung erlassen worden, so läuft dem Angeschuldigten und demjenigen, dem das Recht der Erziehung desselben zusteht, für die Anmeldung der Berufung beziehungsweise der Nichtigkeitsbeschwerde auch in diesem Falle eine Frist von drei Tagen, von dem Tage an gerechnet, an welchem ihm das Erkenntniß eröffnet wurde. Ein Recht des Einspruches besteht in diesem Falle nicht."
Vgl. zu diesem Art. meine Erl. in dieser Sammlung Thl. III Bd. III S. 129 ff., sowie Weis Komm. Bd. I S. 225 ff., woselbst sich auch interessante Aufschlüsse über ein bei der Fassung des Art. unterlaufenes Versehen finden.

behörden und -Stellen, deren konkrete Zuständigkeit nach dem Ort und Bezirk, in welchem die jugendliche Person heimathberechtigt ist, sich bestimmt. Zu dem Ende ist der einschlägigen Polizeibehörde von jedem derartigen gerichtlichen Erkenntnisse, sobald es in Rechtskraft erwachsen, durch den betreffenden Staatsanwalt oder Staatsanwaltschaftsvertreter sofort Mittheilung zu machen und ihr die jugendliche Person, sofern sich dieselbe bis dahin in Untersuchungshaft befunden hat, zur weiteren Verfügung abzuliefern [62]).

Ueber die Art und Einrichtung des Vollzuges der Besserungsmaßregel enthält sich das Gesetz aus einleuchtenden Gründen jeder näheren Vorschrift, ja das Gesetz überläßt sogar die Bestimmung über [63]) die Dauer des Aufenthaltes in der Erziehungsanstalt dem Ermessen der Kreisverwaltungsstelle [64]) mit der einzigen Beschränkung, daß der Aufenthalt in der Anstalt niemals über das 18. Lebensjahr hinaus erstreckt werden darf [65]). Abgesehen von dieser in dem Charakter der Maßregel selbst begründeten und durch den Schutz der persönlichen Freiheit geforderten Beschränkung hat der Gesetzgeber in weiser Erwägung des mit der Unterbringungsmaßregel beabsichtigten Endzweckes der Erziehung des jugendlichen Individuums

---

[62]) Verh. d. GGA. II, 1 S. 228 — Durch Vollzugsvorschriften der höchsten Stellen (Entschl. d. k. Staatsminist. d. Inn. v. 23 Juni 1862 und Justizminist.-Entschl. vom 26. Juni 1862) sind in der beregten Hinsicht nähere Direktiven gegeben worden.

[63]) Die Fassung „Bestimmungen über die Dauer" wurde anstatt der im Entw. II vorgeschlagenen „bestimmt die Dauer" absichtlich gewählt, um jeden Zweifel darüber zu beseitigen, daß hier auch die Befugniß zur jederzeitigen Entlassung aus der Anstalt einbegriffen sein solle. GGA. II, 2 S. 14.

[64]) Anders in den Fällen des Art. 78 Abs. 2 des StGB., wenn die Unterbringung in einer Erziehungsanstalt als Surrogat der für Erwachsene Platz greifenden Verwahrung in einer Polizeianstalt vom Gerichte für zulässig erklärt worden ist. Hier hat die einschlägige Distriktspolizeibehörde nach Maßgabe des Art 40 zu erkennen, ob die jugendliche Person nach beendigter Strafzeit in einer solchen Anstalt unterzubringen sei und gegebenenfalls zugleich die Dauer des Aufenthaltes in der Anstalt, welche jedoch ein Jahr nicht übersteigen darf, zu bestimmen — vorbehaltlich der auch hier der Kreisverwaltungsstelle bezüglich der Abkürzung und Verlängerung des Aufenthaltsdauer in Art. 42 eingeräumten Befugnisse.

[65]) Nach dem preuß. StGB §. 42 sowie nach C. pén. Art 66 ist als äußerste Gränze für die Verwahrung in der Besserungsanstalt das 20. Lebensjahr festgesetzt.

der Verwaltung freiesten Spielraum gelassen; dieselbe wird die Dauer des Aufenthaltes in der Anstalt in der Regel nicht schon von vornherein genau, sondern nur vorläufig bestimmen, um mit Rücksicht auf günstige Ergebnisse der Erziehung oder bei eröffneter Gelegenheit zur Unterbringung der jugendlichen Person bei einem tüchtigen Handwerker, Landwirthe u. dgl. den Aufenthalt in der Anstalt abkürzen oder denselben bei gegentheiligen Verhältnissen verlängern zu können [66]).

Abs. 5 und 6.

Die Pflicht des Staates, für die Erziehung sittlich verwahrloster und in Folge hievon auf die Bahn des Verbrechens gerathener Kinder aushilfslich Sorge zu tragen, ist zunächst nur gegenüber den eigenen Landesangehörigen begründet. Hat eine ausländische jugendliche Person innerhalb unseres Staatsgebietes eine (objektiv) strafbare Handlung begangen, für welche sie aber (wegen noch mangelnder Zurechnungsfähigkeit) strafrechtlich nicht verantwortlich gemacht werden kann, so beschränkt sich das Interesse unseres Staates zunächst darauf, durch Entfernung dieser Person aus dem Staatsgebiete die bürgerliche Gesellschaft vor weiteren Gefährdungen durch dieselbe sicher zu stellen, während die Sorge für die bessere Erziehung derselben füglich den Behörden ihres Heimathsstaates überlassen werden kann. Deßhalb bestimmt der Art. 76 in Abs. 5, daß die Gerichte, wenn der jugendliche Angeschuldigte ein Ausländer ist, in den Fällen (d. h. unter den gesetzlichen Voraussetzungen) der Abs. 2 und 3 statt der Unterbringung in einer (inländischen) Erziehungsanstalt die Ablieferung [67]) desselben an seine (ausländische) Obrigkeit im Erkenntnisse anzuordnen haben — eine Anordnung, welche unter den gegebenen Voraussetzungen für die Gerichte nicht blos fakultativ und Sache des freien Ermessens, sondern (nach Fassung und Geist der bezüglichen Bestimmung) geradezu obligatorisch ist [68]).

---

[66]) S. die obenangeführte Entschl. des k. Staatsministeriums des Innern vom 23. Juni 1862.

[67]) Wohl zu unterscheiden von der als Nebenfolge einer Verurtheilung verfügten Ausweisung (Landesverweisung, Art. 43), welch' letztere die Voraussetzung für die Anwendung der Strafbestimmung des Art. 145 gegen unbefugte Rückkehr eines Verwiesenen bildet.

[68]) Vgl. Hocheder a. a. O. S. 386 f. Die hier noch weiter aufgeworfene Frage, ob gegen ein derartiges richterliches Erkenntniß in ähnlicher Weise wie gegen ein die Unterbringung einer inländischen jugendlichen Person in einer Erziehungsanstalt anordnendes Erkenntniß das Rechtsmittel der Berufung bezw. der Nichtigkeitsbeschwerde Platz greife, wird mit Hocheder theils aus

Auch hier ist der Vollzug der gerichtlichen Anordnung Sache der einschlägigen Polizeibehörde. Stellen sich nun aber diesem Vollzuge Hindernisse entgegen (weil z. B. die Heimath und Staatsangehörigkeit des jugendlichen Individuums von den fremden Behörden bestritten und die Uebernahme desselben verweigert wird), so ist zufolge Art. 76 Abs. 6 die (inländische Distrikts-) Polizeibehörde befugt (nicht gesetzlich verpflichtet), anstatt der Ablieferung an die ausländische Obrigkeit die Unterbringung in einer inländischen Erziehungsanstalt zu verfügen — selbstverständlich aber nur auf so lange, als die dem Vollzuge der gerichtlichen Anordnung entgegengestandenen Hindernisse fortdauern; mit deren Wegfall hört der Grund dieser surrogatorischen, unseren Staat mit Kosten belastenden Maßregel auf und ist die Ablieferung an die ausländische Obrigkeit ungesäumt zu bethätigen.

Abs. 7.

Auch abgesehen von besonderer gesetzlicher Bestimmung würde es wohl schon aus allgemeinen Grundsätzen abzuleiten sein, daß die Kosten der Unterhaltung des in einer Erziehungsanstalt untergebrachten jugendlichen Individuums zunächst aus seinem persönlichen Vermögen und subsidiär von seinen alimentationspflichtigen Verwandten, welche ihr eigenes Erziehungsrecht verwirkt haben, zu bestreiten seien. Zweifelhaft mochte dagegen sein, ob in dem wohl die Regel bildenden Falle der Mittellosigkeit dieser Personen die Unterhaltskosten von der Heimathsgemeinde, welche nach der über das Armenwesen bestehenden Gesetzgebung in letzter Reihe alimentationspflichtig erscheint, oder von dem Staate zu tragen seien, welcher seinerseits in einem allgemeinen polizeilichen Interesse die Sorge für die Erziehung der verwahrlosten jugendlichen Person übernommen hat. Letztere Erwägung gewann bei der desfallsigen Berathung die Oberhand **) und wurde, um jede Kontroverse in dieser Beziehung abzuschneiden, die Bestimmung des Abs. 7 dem Art. 76 einverleibt, ohne daß jedoch hiemit den die Unterbringung anordnenden Strafgerichten eine Kognition auch über diesen zunächst zur administrativen Zuständigkeit gehörenden Punkt eingeräumt worden wäre. Die eventuelle Verpflichtung der Staatskasse be-

---

allgemeinen, in dem obersten Prinzip des Strafprozesses und in der Bedeutung des Remedurverfahrens begründeten Erwägungen, theils und insbesondere wegen der hier unbedenklich anwendbaren Analogie des Art. 24 des Einf.-Ges. zu bejahen sein.

**) Verh. d. GGA. II, 1 S. 227.

schränkt sich übrigens nach dem ausdrücklichen Wortlaute der gesetzlichen Bestimmung auf die Kosten der Unterhaltung in der Anstalt, sie hört also mit der Entlassung des jugendlichen Individuums aus der Anstalt auf und es greift jetzt wieder, im Falle weiterer Unterstützungsbedürftigkeit des letzteren, die subsidiäre Alimentationsverbindlichkeit der Heimathsgemeinde Platz.

Art. 77.

Wird bei einer Person, welche zur Zeit der That das sechzehnte Lebensjahr noch nicht zurückgelegt hatte, erkannt, daß sie die zur Unterscheidung der Strafbarkeit ihrer That erforderliche Ausbildung gehabt habe, so ist eine geringere als die gesetzliche ordentliche Strafe und zwar nach folgendem Maßstabe zu verhängen:

1) bei Verbrechen, die entweder unbedingt oder doch im höchsten Strafmaße mit Todes- oder lebenslänglicher Zuchthausstrafe bedroht sind, ist auf Gefängnißstrafe von zwei bis zehn Jahren,

2) bei nur mit zeitlich bestimmter Zuchthausstrafe bedrohten Verbrechen auf Gefängniß bis zu fünf Jahren zu erkennen;

3) bei vorsätzlichen Vergehen und Uebertretungen darf nicht über die Hälfte des höchsten Maßes der angedrohten Strafe hinaus-, es kann aber, vorbehaltlich dessen, was in den Art. 17, 20 und 26 bestimmt ist, unter das niedrigste Maß dieser Strafe herabgegangen werden. Wäre hienach auf eine Gefängnißstrafe zu erkennen, welche drei Monate nicht übersteigt, so kann statt derselben eine entsprechende Arreststrafe verhängt werden;

4) wegen Fahrlässigkeit tritt immer nur Arreststrafe ein.

Erfolgt die Verurtheilung wegen Theilnahme oder Versuchs, so ist die Strafe nach Maßgabe derjenigen, mit welcher die

Hauptthat beziehungsweise die Vollendung bedroht ist, auszumessen.

§. 1. Prinzip und Entstehungsgeschichte des Art.

Das jugendliche Alter bis zum zurückgelegten 16. Lebensjahre ist theils eine Periode relativer Strafunmündigkeit und folglich zweifelhafter Zurechnungsfähigkeit (Art. 76), theils bildet es, wenn durch die konkrete richterliche Prüfung die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit des jugendlichen Individuums außer Zweifel gestellt ist, einen allgemeinen gesetzlichen Strafmilderungsgrund, vermöge dessen die als strafbar erkannte jugendliche Person nicht mit der vollen (ordentlichen) Strafe des Gesetzes, sondern nur mit einer gelinderen (außerordentlichen) Strafe zu beahnden ist.

Das Gesetz stellt nemlich zu Gunsten der Personen unter 16 Lebensjahren, welche eine strafrechtswidrige Handlung begangen und nach dem Urtheile des Schuldrichters dafür einzustehen haben, eine abstrakte, von besonderer Prüfung der konkreten Umstände unabhängige Präsumtion der geminderten Zurechnung auf; es geht hiebei von der in der Natur der Sache und der Erfahrung des Lebens begründeten Erwägung aus, daß bei jungen Leuten unter 16 Jahren, auch wenn sie die zur Unterscheidung der Strafbarkeit ihrer That erforderliche Ausbildung besessen haben, immerhin noch nicht die volle Urtheilsreife und die volle Willensstärke wie bei Erwachsenen vorhanden, daß vielmehr wegen des jugendlichen Alters und wegen der hier noch unfertigen Entwicklung der die volle Zurechnung bedingenden geistigen Fähigkeiten ihre Schuld eine geringere, daß demgemäß die ordentliche Strafe des Gesetzes in ähnlicher, aber noch mehr durchgreifender Weise, wie unter den Voraussetzungen des Art. 68 (s. oben Erläut. S. 443 ff.) bei Erwachsenen, der Quantität und selbst der Qualität nach herabzusetzen sei.

In der That ist die Jugend als (allgemeiner) gesetzlicher Strafmilderungsgrund wie schon im gemeinen Rechte[1]) und im Code pénal (Art. 67 ff.), so auch im älteren bayerischen StGB. von 1813[2]) und in

---

[1]) Die geschriebenen Quellen des gemeinen Rechtes geben hier allerdings keinen festen und sichern Boden. Doch erkennt die Carolina (in Art. 164 wenigstens) das jugendliche Alter bis zum 14. Lebensjahre als einen Strafmilderungsgrund an, es sei denn, „daß die Bosheit das Alter erfüllen möcht'." Vgl. Köstlin, System Bd. I S. 136 ff.; Geib, Lehrb. Bd. II S. 106 ff.

[2]) StGB. v. 1813 Thl. I Art. 98—102. Es ist hier die Jugend zwischen dem

allen übrigen deutschen Strafgesetzgebungen [3]) wenn auch unter abweichenden Modalitäten anerkannt.

Der bayer. Entw. von 1822 enthielt in seinen einschlägigen Bestimmungen (Art. 65) im Wesentlichen eine Reproduktion der Vorschriften des StGB. von 1813, nur daß auf den beiden auch hier noch innerhalb der relativen Strafmündigkeit unterschiedenen Altersstufen (von 8—12 und von 12—16 Jahren) die Milderung der Strafe intensiver gegriffen war, als nach dem älteren StGB.

Die Entwürfe von 1827 (Art. 56) und 1831 (Art. 80), welche die absolute Strafunmündigkeit bis zum 12. Lebensjahre hinaufrückten, proponirten für die Altersstufe vom 12.—16. Lebensjahre bei vorhandener Zurechnungsfähigkeit des jugendlichen Individuums Herabsetzung der ordentlichen Strafe regelmäßig um einen ganzen Grad (statt Todes- oder Kettenstrafe Zuchthaus, statt Zuchthaus Arbeitshaus, statt Arbeitshaus Gefängniß ꝛc., wobei im Entw. von 1831 überdieß noch das zulässige Maximum der niedereren Strafart näher bestimmt war).

Der Entw. von 1851 (Art. 91 f.) und übereinstimmend hiemit der Entw. von 1853 bezw. 1855 (Art. 80 f.) bestimmte die bei zurechnungsfähigen jugendlichen Personen zwischen 12 und 16 Jahren stattfindende Strafmilderung in der Weise, daß die gegen sie anzuwendende Strafe die Hälfte der

---

vollendeten 8. und 16. Lebensjahre als gesetzlicher Milderungsgrund aufgestellt, weil (wie sich die offiziellen Anmerkungen Bd. I S. 242 ausdrücken) „der mit der Jugend stets verbundene Mangel an Kenntnissen, an Erfahrung, an Ueberlegung, und der vorherrschende, durch Vernunft nicht geleitete Trieb der Sinnlichkeit eine Zurechnung zur vollen Strafe nicht erlaubt." Uebrigens ist innerhalb der Altersperiode von 8—16 Jahren wieder unterschieden zwischen jugendlichen Personen von 8—12 Jahren, bei welchen, wenn sie überhaupt als zurechnungsfähig erkannt werden, die Strafe mehr auf Korrektion berechnet ist (Art. 98) und zwischen jugendlichen Personen von 12 bis 16 Jahren, bei welchen der Maßstab der Herabsetzung der Strafe ein ganz anderer und wesentlich beschränkter gegriffen ist (Art. 99). Fahrlässige Rechtsverletzungen junger Leute unter 16 Jahren sollen der häuslichen Züchtigung überlassen bleiben (Art. 102).

[3]) Nach den StGB. für Württemberg Art 96, Hannover 99, Darmstadt 114 ff., Preußen §. 43, Oldenburg Art. 39, Baden §. 79 f. bildet die Jugend regelmäßig bis zum vollendeten 16. Jahre, nach dem StGB. für Thüringen Art. 58 und Sachsen Art. 90 bis zum 18., nach dem österr. StGB. §. 46 bis zum 20., nach dem braunschw. StGB. §. 60 bis zum 21. Lebensjahre einen Strafmilderungsgrund. — Vgl. Berner, Lehrb. (1866) S. 229.

abgesehen von dem Milderungsgrunde der Jugend verwirkten ordentlichen Strafe nicht übersteigen dürfe, daß ferner statt der in Todes- oder lebenslänglicher Zuchthausstrafe bestehenden ordentlichen Strafe auf Zuchthaus nicht über 15 Jahren, daß endlich wegen fahrlässiger Gesetzesverletzungen lediglich auf Polizeiarrest zu erkennen sei.

Hiegegen wurde schon im Ref. II, 1 (S. 53 f.) erinnert, daß bei diesem Maßstabe der Strafmilderung im Allgemeinen (und mit Ausnahme der Todesstrafe) alle sonst zulässigen Strafarten, insbesondere auch die entehrende Zuchthausstrafe, für solche jugendliche Verbrecher beibehalten würden, während selbst der C. pénal und ebenso das preuß. StGB. die Anwendung entehrender Strafen gegen jugendliche Personen unter 16 Jahren verbiete und dieselben durch einfaches Gefängniß ersetze. Demgemäß wurde vom Ref. II, 1 vorgeschlagen: gegen solche jugendliche Personen solle wegen Verbrechen, die mit Todes- oder lebenslänglicher Zuchthausstrafe bedroht sind, Gefängniß von 2—10 Jahren, wegen Verbrechen, die mit zeitlicher Zuchthausstrafe bedroht sind, Gefängniß bis zu 4 (bezw. 5) Jahren eintreten, wegen vorsätzlicher Vergehen solle nicht über die Hälfte des im Allgemeinen angedrohten höchsten Strafmaßes hinaus-, wohl aber bis zu einem Viertheile des niedrigsten Strafmaßes herabzugehen gestattet sein, wegen fahrlässiger Vergehen und wegen Uebertretungen solle auf Arreststrafe in angemessener Dauer erkannt, überdies im Gesetze ausgesprochen werden, daß die Verhängung der in Art. 28 bezeichneten Straffolgen, deßgleichen die Stellung unter Polizeiaufsicht oder Verwahrung in einer Polizeianstalt gegen solche junge Leute unstatthaft, sowie daß die ihnen zur Last gelegten Verbrechen nicht nur bezüglich der Folgen, sondern auch schon bezüglich der Untersuchung und Aburtheilung nur als Vergehen zu betrachten seien.

Diese Vorschläge des Ref. II, 1 erhielten denn auch im Wesentlichen (und vorbehaltlich einiger Modifikationen, welche insbesondere den Maßstab der Strafmilderung bei Uebertretungen solcher jugendlicher Personen und die Nichtbestrafung von fahrlässigen Rechtsverletzungen derselben betrafen) die Zustimmung des GGA. II, sowie auch, jedoch unter Wiederabstrich der letzterwähnten Modifikationen, des GGA. I [4]).

Bei der Revision des Entw. I wurde Seitens der Staatsregierung den bezüglichen Beschlüssen der GGA. in vollem Umfange Rechnung getragen und der Art. 77 des Entw. II in derjenigen Fassung vorgelegt, in

4) Verh. d. GGA. II, 1 Bd. I S. 229 und GGA. I, 1 S. 292.

welcher er, von einer kleinen Redaktionsänderung in dem neu hinzugefügten Abs. 2 abgesehen, schließlich zum Gesetze erhoben worden ist.

§. 2. Zu Abs. 1 des Art. 77. — Voraussetzungen der Strafmilderung wegen jugendlichen Alters.

Die Voraussetzungen, unter welchen das jugendliche Alter als gesetzlicher Strafmilderungsgrund[5] anerkannt ist, sind folgende:

1) Die jugendliche Person darf zur Zeit der That das 16. Lebensjahr noch nicht zurückgelegt haben, — das jugendliche Alter nach vollendetem 16. Lebensjahre genießt (vorbehaltlich der später zu erläuternden Bestimmungen der Art. 81 und 82) keine besondere gesetzliche Berücksichtigung mehr, sondern es ist hier lediglich Sache des Richters, demselben bei Ausmessung der ordentlichen Strafe die den Umständen entsprechende Rücksicht angedeihen zu lassen.

2) Es muß durch den Richter der That und Schuld festgestellt sein, daß die jugendliche Person nicht blos überhaupt die ihr zu Last gelegte strafbare That verübt habe, sondern daß sie auch strafrechtlich dafür verantwortlich zu machen sei d. h. daß sie im Zeitpunkte der That die zur Unterscheidung der Stafbarkeit derselben erforderliche Ausbildung gehabt habe; im entgegengesetzten Falle, wenn dieser letztere Punkt verneinend entschieden würde, was bei bestehendem Zweifel über die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit immer geschehen soll, hat nicht eine bloße Strafmilderung (nach Art. 77), sondern geradezu Straflosigkeit (nach Art. 76) einzutreten.

Während nun hinsichtlich der Bedeutung dieser beiden sub Ziff. 1 u. 2 aufgestellten Erfordernisse im Allgemeinen auf die Erläut. zu Art. 76 verwiesen werden kann, so sind doch bezüglich des erstangegebenen Requisites noch folgende weitere Bemerkungen veranlaßt:

a) Bei s. g. dauernden Verbrechen, welche (wie z. B. widerrecht-

---

[5]) Hierin liegt schon ausgesprochen, daß die in Gemäßheit des Art. 77 gegen ein jugendliches Individuum verhängte gemilderte Strafe wirkliche Strafe, nicht, wie die in Art. 76 Abs. 2 und 3 vorgesehene Unterbringung in einer Erziehungsanstalt, eine bloße Zucht- und Besserungsmaßregel ist: der Angeschuldigte wird daher hier in die Kosten des Verfahrens verurtheilt und finden auf ihn, wenn er später ein gleichartiges Delikt verübt, die Bestimmungen über Rückfall, soweit solche bestehen (z. B. Art. 242, 276, 319) Anwendung.

liches Gefangenhalten, Besitz falscher Maße und Gewichte 2c.) nach dem Augenblicke der Vollendung verharren 6), kann es vorkommen, daß dieselben theils der Zeit vor, theils der Zeit nach zurückgelegtem 16. Lebensjahre angehören, — ist hier eine Strafmilderung nach Art. 77 begründet? Die Frage wird zu verneinen sein, weil hier die strafbare Handlung selbst fortdauert, auch nachdem der Thäter das gesetzlich begünstigte jugendliche Alter überschritten hat. Anders hingegen ist es bei den s. g. augenblicklichen Verbrechen (Tödtung u. dgl.), welche vor vollendetem 16. Lebensjahre begangen worden sind, auch wenn der Erfolg der Thätigkeit erst später eingetreten ist: der Moment der That (Handlung) entscheidet, nicht der Moment des eingetretenen Erfolges.

b) Dieselbe Frage, wie bezüglich der dauernden Verbrechen, erhebt sich bezüglich der s. g. fortgesetzten strafbaren Handlungen, bei welchen mehrere Akte, deren jeder für sich allein schon den Thatbestand desselben Delikts erfüllt, als fortschreitende Ausführung des nemlichen verbrecherischen Entschlusses und deshalb als ein Verbrechen zu betrachten und zu bestrafen sind 7): ist hier, wenn ein oder mehrere verbrecherische Akte (z. B. Vergiftungsversuche gegen dasselbe Individuum, blutschänderische Akte mit derselben nahe verwandten Person 2c). vor, die anderen nach vollendetem 16. Lebensjahre begangen worden sind, die Strafmilderung nach Art. 77 begründet oder nicht?

Auch hier ist die Frage im Allgemeinen zu verneinen, weil und insoferne ein j[illegible]er der mehreren Akte des fortgesetzten Verbrechens (also auch der oder die [illegible] nach zurückgelegtem 16. Lebensjahre vorgenommenen Akte) schon für sich al[illegible]ein den gesetzlichen Thatbestand des betreffenden Reates erfüllt, folglich da[illegible] Delikt vollständig d. h. mit allen zur Anwendung der gesetzlichen Str[illegible]e erforderlichen Merkmalen auch in der Periode der bereits erlangten Str[illegible]afmündigkeit begangen worden ist. — Anders wird jedoch die Entscheidu[illegible] dann ausfallen, wenn (wie dies namentlich bei fortgesetztem Diebstahl [illegible] Unterschlagung oder Betrug vorkommen kann) gerade die Vereinigun[illegible] und Zusammenrechnung der mehreren, theils vor, theils nach

6) Be[illegible] Berner, Grundf. d. pr. Strfrs. S. 88.

7) Be[illegible] über Begriff und Wesen des fortgesetzten gegenüber dem wiederh[illegible]ten Verbrechen einstweilen Berner, Lehrbuch §. 141 und Grundf. [illegible] 92 ff., sowie diese Erläut. zu Art. 84 des StGB.

Art. 77

erlangten Altersreife verübten Deliktsakte eine andere und höhere Qualifikation des Reates selbst bewirkt, wie z. B. in dem Falle, wenn bei einem fortgesetzten Diebstahl sowohl die vor, als auch die nach zurückgelegtem 16. Lebensjahre vorgenommenen diebischen Akte, die einen und die anderen für sich allein betrachtet, mit Rücksicht auf den Werth des Gestohlenen blos als Vergehen nach Art. 282 Ziff. 1 oder 2 strafbar wären, während bei der durch die Natur des fortgesetzten Deliktes geforderten Zusammenrechnung der sämmtlichen Diebstahlsakte bez. [illegible] Werthe die Gesammthandlung den Charakter eines nach Art. 274 Ziff. 2 oder 6 strafbaren Diebstahlverbrechens annimmt: hier kann nicht die volle ordentliche Strafe, welche für den aus der Zusammenrechnung sich ergebenden Reat angedroht ist, Platz greifen *), sondern es muß die in unserem Art. 77 vorgesehene Strafmilderung eintreten — mit der selbstverständlichen Maßgabe jedoch, daß hiebei nicht unter das Minimum derjenigen Strafe herabgegangen werden darf, welche durch die nach zurückgelegtem 16. Lebensjahre verübten Akte des fortgesetzten Deliktes, für sich allein betrachtet, schon verwirkt ist **).

*) Wie von Stenglein Komment. Bd. I S. 570 behauptet und dadurch begründet wird, daß hier „der strafbare Thatbestand, wie er zur Aburtheilung kommt, erst nach dem 16. Lebensjahre bewirkt worden" sei. Dieser Grund und darum auch die darauf gestützte Behauptung ist unstichhaltig. Der zur Aburtheilung kommende strafbare Thatbestand ist hier das aus einer Reihe von Einzelnakten bestehende fortgesetzte Delikt mit der aus der Kombination der Einzelnakte resultirenden strafrechtlichen Qualifikation; wenn nun einer oder mehrere dieser Einzelnakte gesetzlichen Anspruch auf eine mildere Behandlung hatten, so können sie diesen Anspruch unmöglich verlieren infolge der Kombinirung mit anderen Akten, welchen dieser Anspruch nicht zur Seite steht, — sonst dürfte man sagen, daß, weil 4 + 4 = 8 sind, auch ½ + 4 = 8 sein müssen. Das Gesetz macht die Anwendung der ordentlichen Strafe davon abhängig, daß der Schuldige zur Zeit der That das 16. Lebensjahr zurückgelegt hatte: diese Voraussetzung ist aber offenbar dann nicht gegeben, wenn ein wesentlicher Bestandtheil der That (ein wesentlicher Akt der Gesammthandlung), ohne welchen der gesetzliche Begriff dieser strafbaren That (z. B. des Diebstahlverbrechens nach Art. 274 Ziff. 2 oder 6) gar nicht vorliegt, der Periode vor zurückgelegtem 16. Lebensjahre angehört.

**) Uebereinstimmend hiemit Hocheder, Komment. S. 394 f. — S. auch OAGE. vom 14. Nov. 1863 in der Zeitschr. f. Gesetzg. u. Rechtspfl. Bd. X S. 1011 f. und in der Zeitschr. f. Ger.-Pr. Bd. III S. 68 f.

c) Liegt ein realer Zusammenfluß mehrerer gleichartiger oder ungleichartiger strafbarer Handlungen desselben Thäters vor, welche theils vor theils nach zurückgelegtem 16. Lebensjahre begangen worden sind, so ist zunächst jeder Reat selbstständig für sich zu würdigen und sodann nach Art. 84 dasjenige Strafgesetz, welches die schwerste Strafausmessung zuläßt, ausschließlich in Anwendung zu bringen. Allein der Gesetzgeber hat von diesem schon in Art. 84 selbst theilweise modifizirten Absorptionsprinzip im speziellen Theile für den realen Zusammenfluß gleichartiger Verbrechen oder für die Verbrechenswiederholung mehrfache besondere Ausnahmen gemacht, indem er bei einigen strafbaren Handlungen (so namentlich bei Diebstahl Art. 275, bei Raub Art. 301 Ziff. 4, bei Betrug 320) im Falle vorhandener realer gleichartiger Konkurrenz eine entweder der Gattung (statt Gefängniß Zuchthaus) oder doch dem Maße nach höhere Gesammtstrafe androht. Die Frage nun, welche Strafe dann anzuwenden sei, wenn die einzelnen real konkurrirenden Deliktshandlungen theils der Periode vor, theils der Periode nach erlangter Altersreife angehören, ist in ähnlichem Sinne zu beantworten, wie für diejenigen fortgesetzten Delikte, welche erst durch die Verbindung der mehreren, den beiden Altersperioden angehörenden Einzelnakte einen Charakter höherer Strafbarkeit annehmen: es kann also auch in den ersteren Fällen nicht die für die zusammentreffenden Delikte gesetzlich angedrohte ordentliche Strafe [10]), sondern im Allgemeinen nur eine nach Maßgabe unseres Art. 77 gemilderte Strafe verhängt, es darf aber hiebei keinesfalls unter diejenige Strafe (der Gattung oder dem Maße nach) herabgegangen werden, welche der Thäter durch die

10) Hier läge ein augenscheinlich unzulässiges Ignoriren des gesetzlichen Anspruches auf mildere Bestrafung, welcher der vor zurückgelegtem 16. Lebensjahre verübten, zugleich aber einen wesentlichen Bestandtheil der vom Gesetze besonders bedrohten Konkurrenz bildenden Deliktshandlung zukommt. Anders wäre es, wenn z. B. im Falle des Art. 320 Abs. 2 gleichzeitig 5 Betrugshandlungen derselben Person zu bestrafen wären, von welchen jede einzeln mit Gefängnißstrafe bedroht ist und von denen zwei vor, die drei anderen nach zurückgelegtem 16. Lebensjahre verübt worden sind: hier würde der Anwendung der vom Gesetze angedrohten ordentlichen Gesammtstrafe (Zuchthaus bis zu 8 Jahren) nichts im Wege stehen. Denn es genügen schon die drei nach erlangter Altersreife begangenen Betrugshandlungen, um die Anwendung der ordentlichen Gesammtstrafe zu rechtfertigen, die vor erlangter Altersreife verübten beiden Betrügereien bilden hier überall keinen wesentlichen Bestandtheil des vom Gesetze unter besondere Strafsanktion gestellten Gesammtreates.

nach vollendetem 16. Lebensjahre verübten strafbaren Handlungen für sich allein schon verwirkt hat 11).

§. 3. Forts. Zu Art. 77 Abs. 1. — Maßstab der Strafmilderung wegen Jugend des Uebertreters.

Sind die in §. 2 angegebenen beiden Voraussetzungen (jugendliches Alter unter 16 Jahren, strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit des Thäters) gegeben, so ist der Strafrichter, ähnlich wie bei erwachsenen Personen im Falle der festgestellten geminderten Zurechnung (Art. 68), zur Herabsetzung der ordentlichen gesetzlichen Strafe nicht blos berechtigt, sondern gesetzlich verpflichtet. Auch bei dem Milderungsgrunde der Jugend bildet den Ausgangspunkt der Strafmilderung die für den betreffenden Reat angedrohte „ordentliche gesetzliche Strafe" in dem zu Art. 68 erörterten Sinne (s. diese Erläut. oben S. 459 ff.)

Unbeschadet der zwischen den genannten beiden Milderungsgründen obwaltenden durchschlagenden Verwandtschaft (das Gesetz präsumirt bei dem jugendlichen Individuum schlechthin und ohne daß es noch einer desfallsigen konkreten Prüfung und Feststellung bedürfte, eine geminderte Zurechnung) besteht eine erhebliche Verschiedenheit zwischen beiden doch hinsichtlich des Maßstabes der Strafherabsetzung, welcher vom Gesetze bei dem Milderungsgrunde der Jugend durchgängig weit intensiver gegriffen ist, als bei dem Milderungsgrunde der geminderten Zurechnung erwachsener Personen.

Die näheren Bestimmungen über diesen Maßstab, nach welchem die ordentliche Strafe auf Grund der Jugend zu mildern ist, sind mit Rücksicht theils auf die verschiedene objektive Schwere der strafbaren Handlungen, theils auf die Verschiedenheit der subjektiven Schuldform in Art. 77 Abs. 1 Ziff. 1—4 gegeben. Im Einzelnen ist hiezu Folgendes zu bemerken:

1) Von dem Gedanken geleitet, daß bei jugendlichen Personen die Strafmilderung nicht blos in Verringerung des Maßes, sondern, soweit es die durch die Altersunreife geminderte Schuld und der hier besonders stark hervortretende Besserungszweck fordert, auch in einer Aenderung der Gattung und Art der Strafe bestehen müsse, hat der Gesetzgeber die Anwendung von Verbrechensstrafen, also nicht blos der Todes-, sondern auch der entehrenden Zuchthausstrafe, gegen jugendliche Uebelthäter geradezu ausge-

11) Vgl. auch Hocheder a. a. O. S. 395 f.

schlossen und auch für die schwersten Verbrechen derselben als Repressivmittel nur Gefängnißstrafe zugelassen, womit denn die betreffenden Handlungen von selbst den Charakter bloßer Vergehen annehmen. Um jedoch eine Verhältnißmäßigkeit der Repression möglich zu machen, mußte das Gesetz wenigstens für die schwersten Fälle ein Hinausgehen über das nach der Regel des Art. 17 zulässige höchste Maß der Gefängnißstrafe (von 5 Jahren) gestatten. Art. 77 Ziff. 1 räumt darum der richterlichen Strafausmessung bei Verbrechen, die entweder schlechthin oder doch im höchsten Strafmaße[12]) mit Todes- oder lebenslänglicher Zuchthausstrafe bedroht sind, einen Spielraum ein, welcher sich zwischen Gefängnißstrafe von zwei bis zehn Jahren bewegt.

2) Nachdem selbst für die schwersten, von jugendlichen Personen begangenen Verbrechen von der Zuchthausstrafe abgesehen war, so mußte sich dies für die minder schweren (nur mit zeitlicher Zuchthausstrafe bedrohten) Verbrechen von selbst verstehen. Andererseits aber war hier kein Grund gegeben, weder über das gewöhnliche Maximum der Gefängnißstrafe hinauszugehen, noch ein Herabgehen auf das äußerste Minimum dieser Strafart zu verweigern. Ziff. 2 gestattet daher in den bezeichneten Fällen dem richterlichen Arbitrium einen Spielraum, welcher sich zwischen Gefängnißstrafe von einem Tage bis zu 5 Jahren bewegt.

3) Bei vorsätzlichen Vergehen und Uebertretungen ist der Milderungsrahmen im ersten Satze der Ziff. 3 zunächst in der Weise bestimmt, daß der Richter nicht über die Hälfte des höchsten Maßes der angedrohten (ordentlichen) Strafe hinaus-, wohl aber unter das niedrigste Maß dieser Strafe (bis zu dem gesetzlich überhaupt zulässigen Minimum der betreffenden Strafart) herabgehen dürfe.

Was hier nun zuvörderst das Maximum der zuzuerkennenden (gemilderten) Strafe betrifft, so bedarf es nach dem, was bereits zu Art. 68 Ziff. 3 (S. 462 lit. a) erörtert worden ist, nur der Bemerkung, daß auch hier „die Hälfte des höchsten Maßes der angedrohten Strafe" nicht im buch-

---

[12]) Als Minimum kömmt hier vor Zuchthausstrafe von 16, 12 und 8 Jahren, s. Erläut. zu Art. 16 oben S. 122 Note 5. — Die Verschiedenheit der Fassung des Art. 77 Ziff. 1 gegenüber Art. 68 Ziff. 1, wo nur die unbedingt mit Todes- oder lebenslänglicher Zuchthausstrafe bedrohten Verbrechen gegriffen, hingegen die blos im Maximum mit lebenslänglicher Zuchthausstrafe bedrohten Verbrechen besonders in Ziff. 2 vorgesehen sind, ergibt sich auf den ersten Blick.

stäblichen Sinne, sondern als die Mitte zwischen dem Maximum und Minimum der angedrohten ordentlichen Strafe zu verstehen ist.

Aber auch die eben angeführte, auf die Minimalgränze des Milderungsrahmens bezügliche Bestimmung im ersten Satze der Ziff. 3 würde für sich allein (und abgesehen von dem unmittelbar sich anreihenden Schlußsatze) für die Auslegung und Anwendung keine Schwierigkeit bereiten. Der Strafrichter ist hienach ermächtigt, ohne weitere Beschränkungen als diejenigen, welche in den allgemeinen Bestimmungen über das zulässige Minimum der betreffenden Strafarten enthalten sind, unter das niedrigste Maß der angedrohten ordentlichen Strafe herabzugehen, also bei vorsätzlichen Vergehen bis zu 1 Tag Gefängniß bezw. (wenn Geldstrafe ausschließend, alternativ oder kumulativ angedroht ist) bis zu 1 Gulden Geldstrafe, bei vorsätzlichen Uebertretungen bis zu 1 Tag Arrest bezw. 30 Kreuzer Geldstrafe herabzugehen, wobei sich in den Fällen der ersteren Art von selbst verstehen würde, daß die Gefängnißstrafe, auch wenn sie (selbst bezüglich ihres in concreto zulässigen Maximums) unter 42 Tage bezw. daß die Geldstrafe, auch wenn sie unter 50 fl. herabsinken würde, gleichwohl ihren Charakter als Vergehensstrafe und der Reat selbst den Charakter eines Vergehens behielte [13].

Nun bestimmt aber der unmittelbar angereihte Schlußsatz der Ziff. 3: „wäre hienach auf eine Gefängnißstrafe zu erkennen, welche drei Monate nicht übersteigt, so kann statt derselben eine entsprechende Arreststrafe verhängt werden."

Die Auslegung dieser Bestimmung in ihrem Verhältnisse zu dem vorhergehenden Satze, mit welchem sie durch das Wörtchen hienach in Verbindung gebracht ist, hat sowohl in der Doktrin als in der Rechtsanwendung Schwierigkeiten und Verschiedenheit der Ansichten zu Tage gefördert. Zwar ist man allseits darüber einverstanden, daß, wenn die gesetzliche Voraussetzung für die fragliche Umwandlungsbefugniß des Strafrichters gegeben ist, die statt der Gefängnißstrafe zu verhängende „entsprechende Arreststrafe" sich innerhalb des ganzen, in Art. 20 für die Dauer der Arreststrafe gesteckten Rahmens bewegen könne, aber auch müsse, folglich die Gränzen von 1—42 Tagen nicht überschreiten dürfe, — imgleichen, daß mit der hier in das Ermessen des Gerichtes gestellten Verhängung der Arreststrafe der betreffende Reat sofort den Vergehenscharakter verliere und den Charakter einer bloßen Uebertretung annehme.

---

13) S. Erläut. zu Art. 63 S. 463 lit. b.

Hingegen wird gestritten über Sinn und Tragweite der gesetzlichen Voraussetzung, an welche die fragliche Umwandlungsbefugniß des Strafrichters geknüpft ist, — ebenso bedarf einer näheren Untersuchung die Frage, ob der Richter auch bei Verhängung einer nach Maßgabe der Ziff. 3 herabgesetzten Geldstrafe den Vergehenscharakter der Handlung in eine Uebertretung umzuwandeln ermächtigt und befugt sei?

a) Die in ersterer Hinsicht bestehende Streitfrage läßt sich dahin formuliren: Ist der Richter zur Umwandlung der Gefängniß- in entsprechende Arreststrafe nur dann ermächtigt, wenn das Maximum (die äußerste Gränze) der mit Rücksicht auf den Milderungsgrund der Jugend sich ergebenden (reduzirten) Strafe 3 Monate Gefängniß nicht übersteigt, oder kann diese Umwandlung auch dann stattfinden, wenn zwar das an sich zulässige Maximum der gemilderten Strafe 3 Monate Gefängniß übersteigt, aber im gegebenen Falle in Erwägung der Umstände desselben von dem bezüglich der Strafmilderung durch kein besonderes Minimum beschränkten Gerichte eine nicht über 3 Monate betragende Gefängnißstrafe für angemessen erachtet wird? Der praktisch sehr erhebliche Unterschied beider Ansichten ist augenfällig: nach der ersteren (strengeren) Ansicht würde die fragliche Umwandlungsbefugniß des Strafrichters im Allgemeinen nur bezüglich jener vorsätzlichen Vergehen jugendlicher Personen Platz greifen, für welche als ordentliche gesetzliche Strafe Gefängniß bis (höchstens) 6 Monate angedroht ist, da nur bei ihnen das zulässige Maximum der herabgesetzten Strafe nicht über 3 Monate beträgt, hingegen nach der zweiten (milderen) Auslegung kann das Gericht bei allen, überhaupt mit Gefängnißstrafe (gleichviel in welchem Maximum) bedrohten vorsätzlichen Vergehen jugendlicher Personen, wenn im gegebenen Falle eine nicht über 3 Monate betragende Gefängnißstrafe angezeigt erscheint, statt derselben (mittels einer weiteren Reduktion) eine entsprechende Arreststrafe verhängen und hiedurch den Vergehensreat zu einer bloßen Uebertretung umwandeln.

Während nun die erstere Ansicht in den bisher erschienenen Kommentaren[14]) zum StGB., aber auch in obergerichtlichen Erkenntnis-

---

14) Weis, Bd I S. 233 beruft sich zur Begründung seiner Ansicht lediglich auf den Zusammenhang der ganzen Ziff. 3 des Art. 77; Hocheder S. 389 Ziff. 3 gibt gar keine Begründung; Stenglein Bd. I S. 569, welcher gleichfalls die Frage zwar kurz berührt, stellt die verschiedenen möglichen Auslegungen gegenüber und gibt der strengeren, deren grammatikalische Bedenken

sen 15) Vertretung gefunden hat, so ist die letztere Ansicht in einem ausführlich motivirten, die erhobene staatsanwaltschaftliche Nichtigkeitsbeschwerde verwerfenden oberstrichterlichen Erkenntnisse 16) anerkannt und unseres Erachtens überzeugend begründet. Es genüge hier eine kurze Hervorhebung der wichtigeren, für die mildere und gegen die strengere Auslegung der allerdings wenig glücklich redigirten Schlußbestimmung der Ziff. 3 sprechenden Gründe. Vorerst besteht vom rein grammatikalischen Standpunkte aus jedenfalls keine Nöthigung, kaum eine Rechtfertigung dafür, das Wörtchen „hienach" lediglich auf jenen Theil des vorausgegangenen Satzes, welcher das zulässige Maximum der reduzirten Strafe bestimmt, statt auf den ganzen Satz und auf die gesammte, die Herabsetzung der Strafe betreffende richterliche Thätigkeit zu beziehen 17). Zum Anderen spricht für die umfassendere Tragweite des Schlußsatzes der Ziff. 3 auch dasjenige, was sich aus der Entstehungsgeschichte desselben über die muthmaßliche Intention des Gesetzgebers entnehmen läßt 18), sowie die rationelle Erwägung,

---

er sich übrigens nicht verhehle, aus dem Grunde den Vorzug, weil „eine doppelte Reduktion unerklärlich wäre."

15) Erk. des pfälz. AG. v. 5. März und 13. Aug. 1863 (Resultate der Rechtspfl. d. Pfalz v. 1862/63 S. 42).

16) OAGE. v. 4. Dezbr. 1863 in Zeitschr. f. Gesetzg. u. Rechtspfl. Bd. X S. 1027 und Z. f. Ger.-pr. Bd. III S. 49.

17) Wenn der Gesetzgeber den Schlußsatz bezw. das „hienach" blos auf die vorher genannte „Hälfte des höchsten Maßes der ordentlichen Strafe" bezogen wissen wollte, so durfte er nicht sagen „wäre hienach auf eine 3 Monate nicht übersteigende Gefängnißstrafe zu erkennen", da (wie Stenglein a. a. O. richtig bemerkt) in einem solchen Falle auf höchstens 3 Monate nicht zu erkennen ist, sondern nur erkannt werden kann. Die Worte „wäre hienach . . . zu erkennen" können also, schon grammatikalisch betrachtet, kaum einen anderen Sinn haben, als: würde der Richter angesichts des ersten Satzes der Ziff. 3, welcher ihn blos durch ein Strafmaximum, nicht durch ein Strafminimum bindet, unter Würdigung aller Umstände des konkreten Falles sich zur Verhängung einer höchstens 3 Monate betragenden Gefängnißstrafe veranlaßt finden.

18) Weder in dem Entw. I noch in den an den einschlägigen Art. 80 desselben anknüpfenden Ausschußverhandlungen war von der hier in Frage stehenden Umwandlungsbefugniß die Rede; dieselbe wurde erst später (nach beendigter erster Lesung des Entw. I gelegentlich der Berathung über die durch die Annahme des Systemes der mildernden Umstände veranlaßten Abänderungen) auf Vorschlag des Ref. vom GGA. II in Abs. 3 des damaligen Art. 78

daß es Angesichts der dem Strafrichter für alle vorsätzlichen Vergehen jugendlicher Personen ertheilten unbeschränkten (an kein besonderes Minimum gebundenen) Milderungsermächtigung schwer begreiflich wäre, wenn das Gericht zwar bei einem gesetzlich mit Gefängniß bis zu 6 Monaten bedrohten Vergehen die Befugniß hätte, die von ihm in concreto für angemessen erachtete 2- oder 3 monatliche Gefängnißstrafe in Arreststrafe umzuwandeln, wenn ihm aber diese Befugniß versagt wäre bei Vergehen, die gesetzlich mit einer in maximo 6 Monate übersteigenden Gefängnißstrafe bedroht sind, ungeachtet das Gericht mit Rücksicht auf die besondere Gestaltung des kon-

---

und zwar in folgender Fassung aufgenommen (Verh. d. GGA. II, 1 Bd. II S. 216): „Ist die Handlung ein vorsätzliches Vergehen, so kann nicht über ein Viertheil des höchsten Maßes der ordentlichen Strafe hinauf-, es kann aber bis zu einem Viertheile des niedrigsten Maßes derselben herabgegangen und in Fällen, wo dasselbe drei Monate nicht übersteigt oder das Gericht auf bloße Geldstrafe zu erkennen befugt ist, eine entsprechende Uebertretungsstrafe verhängt werden" Hier können die Worte „und in Fällen, wo dasselbe drei Monate nicht übersteigt", offenbar nicht auf das Viertheil des höchsten Maßes, sondern sie müssen entweder geradezu auf das unmittelbar vorher erwähnte Viertheil des niedrigsten Maßes bezogen oder wenigstens so verstanden werden, daß „das Gericht, wenn es bei der durch ein gesetzliches Maximum und Minimum begränzten Herabsetzung der Strafe dazu gelange, auf eine die Dauer von 3 Monaten nicht übersteigende Gefängnißstrafe zu erkennen, statt derselben eine Uebertretungsstrafe zu verhängen befugt sei." Die Intention des GGA. II war hiebei offenbar die, dem jugendlichen Alter eine weitere Berücksichtigung dadurch angedeihen zu lassen, daß nach Ermessen des Gerichtes bei Zuerkennung einer geringfügigen Freiheits- (oder auch einer Geld-)Strafe der Schuldausspruch selbst von den nachtheiligen Wirkungen einer Verurtheilung wegen Vergehens entkleidet werden könne. Indem nun die obige Proposition des GGA. II mit einigen Modifikationen (Beseitigung des Strafminimum für die Herabsetzung der Strafe und Streichung der Umwandlungsbefugniß bei einer wegen Vergehens zu erkennenden Geldstrafe) im Entw. II (Art. 77 Ziff. 3) reproduzirt und von allen Gesetzgebungsfaktoren gutgeheißen wurde, so kann auch „das gegenwärtige Gesetz, in welchem jetzt nur die Gränze in Bezug auf das Strafminimum weggenommen ist, keine andere Auslegung finden, als daß das Gericht, wenn es in Anwendung des Art. 77 Ziff. 3 wie immer zu dem Resultate gelangt, daß auf eine Gefängnißstrafe von oder unter 3 Monaten zu erkennen wäre, statt derselben eine entsprechende Arreststrafe eintreten lassen könne" — s. das angef. OAGE. vom 4. Dezbr. 1863.

tretenen Falles schon eine ganz geringfügige Freiheitsstrafe (von einigen Tagen) für hinreichend und entsprechend erachtet. Endlich kann auch der Einwand — daß die hier vertretene extensive Auslegung zu einer unzulässigen doppelten Reduktion der Strafe des jugendlichen Uebelthäters führe, als stichhaltig um so weniger erachtet werden, als es ja hier gerade in Frage ist, ob das Gesetz nicht eine solche doppelte Reduktion gestatten wollte — eine Frage, die um so sicherer zu bejahen ist, als diese zweifache Reduktion auch bei der engeren Auslegung des Schlußsatzes der Ziff. 3 nicht vermieden wird [19].

b) Eine andere zu Ziff. 3 des Art. 77 auftauchende Frage ist die: ob dem Strafrichter eine analoge Befugniß zur Umwandlung des Vergehenscharakters der Handlung in eine Uebertretung auch bei Herabsetzung der für ein vorsätzliches Vergehen gesetzlich angedrohten Geldstrafe zustehe, und ob diese Umwandlung nicht wenigstens dann (und zwar hier kraft Gesetzes) stattzufinden habe, wenn das zulässige Maximum der nach Ziff. 3 herabgesetzten Strafe den Betrag von 150 fl. nicht mehr übersteigt? Die Frage ist nach beiden Beziehungen zu verneinen [20]. In der letzteren Beziehung kann auf das oben (S. 463 lit. b) zu Art. 68 Ziff. 3 Erörterte verwiesen werden. In der ersteren Hinsicht muß es allerdings zunächst befremdlich erscheinen, daß die Gerichte bei den mit Gefängniß bedrohten vorsätzlichen Vergehen jugendlicher Personen zur Umwandlung des Charakters der Handlung ermächtigt, daß ihnen aber diese Ermächtigung bei den (ausschließend oder cumulativ [21]) mit Geldstrafe bedrohten Ver-

---

19) Denn auch nach der engeren Auslegung ist „die drei Monate nicht übersteigende Gefängnißstrafe" eine im Verhältnisse zur ordentlichen gesetzlichen Strafe (wenigstens in Bezug auf das zulässige Maximum) reduzirte Strafe. Indem nun das Gesetz den Richter ermächtigt, statt auf eintägiges bis dreimonatliches Gefängniß (Vergehensstrafe) auf 1—42 tägigen Arrest (Uebertretungsstrafe) zu erkennen, gestattet es offenbar eine nochmalige, also zweite Reduktion. Genau dieselbe ist aber die Sachlage, wenn z. B. der Richter kraft der ersten Reduktion Gefängniß von einem Tage bis zu einem Jahre zu verhängen befugt, aber mit Rücksicht auf die besondere Gestaltung des Falles nur auf einmonatliches Gefängniß zu erkennen veranlaßt ist und nun mittels der zweiten Reduktion die Gefängniß- in die entsprechende Arreststrafe umwandelt.

20) Uebereinstimmend Hocheder a. a. O. S. 390.

21) Denn hinsichtlich der (weitaus zahlreicheren) alternativ mit Gefängniß- oder Geldstrafe bedrohten Vergehen und ebenso auch bezüglich derjenigen, bei

gehen versagt sein solle. Allein nachdem diese Umwandlungsbefugniß sich nicht von selbst versteht, sondern eine gesetzliche Ermächtigung voraussetzt, welche durch den bestimmten Wortlaut des Schlußsatzes der Ziff. 3 nur für die ersteren, nicht auch für die letzteren Fälle ertheilt ist, so erübrigt, wenn man nicht ein unabsichtliches Uebersehen des Gesetzgebers annehmen und a majori ad minus argumentiren will, nur der Schluß, daß den Gerichten bei Herabsetzung der (Vergehens-)Geldstrafe nicht auch gleichzeitig die Umwandlung des Charakters der Handlung in eine Uebertretung gestattet sei — ein Resultat, welches durch die Entstehungsgeschichte der Ziff. 3 des Art. 77 noch weiter bekräftigt wird [22]).

welchen die Kumulirung von Gefängniß- und Geldstrafe den Gerichten blos gestattet, nicht gesetzlich geboten ist, steht es völlig in der Fakultät der Gerichte, von der gegenüber jugendlichen Personen ohnehin nicht passenden Geldstrafe Umgang zu nehmen und die hier angemessenere Gefängnißstrafe zu wählen, welcher sie dann unter gegebener Voraussetzung die Arrest- (als bloße Uebertretungs-)Strafe zu substituiren befugt sind, s. Hocheder a. a. O.

[22]) Wie in Anm. 18 erwähnt ist, sollte nach dem ursprünglichen Beschlusse des GGA. II, welcher die Anregung zu dieser Umwandlungsbefugniß gegeben hat, das Gericht ermächtigt sein, „in Fällen, wo (die Gefängnißstrafe) drei Monate nicht übersteigt oder das Gericht auf bloße Geldstrafe zu erkennen befugt ist, eine entsprechende Uebertretungsstrafe zu verhängen." In den Entw. II wie schließlich in das StGB. selbst ist nun aber nur derjenige Theil der Ausschuß-Proposition aufgenommen worden, welcher die Ermächtigung zur Umwandlung der Gefängnißstrafe betrifft. Die hienach offenbar absichtliche Weglassung der analogen Bestimmung hinsichtlich der Geldstrafe ist zwar in den Verhandlungen selbst nicht näher motivirt, sie findet aber immerhin, wie von Hocheder treffend ausgeführt worden ist, eine ausreichende Erklärung in der vom Gesetzgeber im speziellen Theile des StGB. hinsichtlich der Androhung von Geldstrafen befolgten Oekonomie. Die Zahl derjenigen vorsätzlichen Vergehen, welche entweder ausschließend mit Geldstrafe bedroht sind oder bezüglich deren die Kumulirung von Gefängniß- und Geldstrafe gesetzlich geboten ist (und nur sie kommen nach Anm. 21 hier in Betracht), ist nicht nur an sich sehr gering, sondern es sind dies auch mehrentheils Reate, welche bei den hier in Frage stehenden jugendlichen Personen nicht wohl vorkommen (wie z. B. die in Art. 366, 390 f. bedrohten Vergehen). Es war sonach ein irgend erhebliches Bedürfniß zur Erweiterung der Umwandlungsbefugniß auch auf die mit Geldstrafe bedrohten vorsätzlichen Vergehen jugendlicher Personen nicht gegeben.

4) Schon nach dem Entw. I Art. 81 sollte wegen fahrlässiger Gesetzesverletzungen gegen jugendliche Personen unter 16 Jahren lediglich (Polizei-)Arrest stattfinden; die hienächst im GGA. II vertretene und zum Beschlusse erhobene Ansicht, fahrlässige Handlungen solcher jungen Leute gänzlich straflos zu lassen (vgl. auch Art. 102 des StGB. von 1813) fand nicht die Zustimmung des GGA. I, welcher vielmehr im Sinne der Regierungsvorlage die auch in den Entw. II und schließlich in das Gesetz selbst (Art. 77 Ziff. 4) übergegangene Bestimmung vorschlug, daß bei jugendlichen Personen „wegen Fahrlässigkeit immer nur Arreststrafe eintreten" solle [23]). Der allgemeine Ausdruck „Fahrlässigkeit" begreift hier selbstverständlich sowohl fahrlässige Vergehen als fahrlässige Uebertretungen, — für die einen wie für die anderen ist als allein zulässige Strafart (also auch mit Ausschluß der gegen junge Leute als ganz unpassend befundenen Geldstrafe) Arreststrafe innerhalb der gesetzlichen Gränzen derselben bestimmt, womit dann die von jugendlichen Personen begangenen fahrlässigen Vergehen von vornherein den Charakter bloßer Uebertretungen erhalten. Eine weitere, wenn auch im Gesetze nicht ausdrücklich hervorgehobene, aber selbstverständliche Folge hievon ist, daß fahrlässige Vergehen, wenn von jugendlichen Personen begangen, auch prozessualisch als Uebertretungen zu behandeln sind und folglich (nach Einf.-Ges. Art. 31 Abs. 3) zur Zuständigkeit der Einzelrichter gehören [24]).

---

23) Verh. II, 1 S. 218, 226, 229; Verh. I, 1 S. 292 und Ref. I, 1 S. 151; Ref. II, 2 S. 137.

24) OAGE. v. 29. Mai 1863 in Zeitschr. f. Gesetzg. u. Rechtspfl. Bd. X S. 493 und Zeitschr. f. Ger.-Pr. II S. 292. — Eine abweichende Ansicht wurde hinsichtlich der Zuständigkeitsfrage in der letzteren Zeitschr. II S. 217 ff. vertreten und vornemlich dadurch zu begründen versucht, daß einerseits auch bei anderen gesetzlichen Milderungsgründen der mit Rücksicht auf die ordentliche gesetzliche Strafe competente Richter die Zuständigkeit zur Aburtheilung der That behalte, auch wenn der betreffende Milderungsgrund schon von Anfang an vorliege, und daß andererseits die in Art. 79 des StGB. enthaltene Zuständigkeitsbestimmung hinsichtlich der von jugendlichen Personen begangenen Verbrechen den Charakter einer unverkennbaren Ausnahme (?) an sich trage, auf welche der Satz „exceptio firmat regulam in casibus non exceptis" Anwendung finden müsse. — Allein diese Argumentation wird durch die einfache Erwägung widerlegt, daß Handlungen, welche schlechthin und unter allen Umständen nur mit Arreststrafe belegt werden können (wie das bei den in Art. 77 Ziff. 4 begriffenen der Fall ist) schon von vornherein und nach Art. 1, nicht

Zu Art. 77 Abs. 2. — Strafzumessung bei Verurtheil- iner jugendlichen Person wegen Theilnahme oder Ver- so wie bei Konkurrenz der Jugend mit noch anderen Strafmilderungsgründen.

1) In Ermangelung einer besonderen gesetzlichen Vorschrift würde, in einem Falle die Jugend mit dem bei dem Versuche und bei der ·nahme (durch Beihilfe) dem Strafrichter eingeräumten Milderungs- e zusammentrifft, wegen der völligen Selbständigkeit der hier konkur- nden mildernden Modalitäten ihre kumulative Berücksichtigung für zu- ig zu erachten[25]), folglich die Befugniß des Strafrichters anzuerkennen ı, die mit Rücksicht auf die Jugend herabgesetzte Strafe, so weit dieselbe m Gesetze überhaupt noch an eine nicht überschreitbare Minimalgränze bunden ist[26]), noch weiter bis zur Hälfte bezw. bis zu einem Viertheile : mildern.

Allein eine solche doppelte Reduktion (zuerst wegen Jugend, dann oegen Versuches bezw. Theilnahme) erschien hier ungerechtfertigt, weil die Strafermäßigung wegen Jugend an sich schon und im Vergleiche namentlich zu derjenigen wegen geminderter Zurechnung sehr bedeutend und durch die weite Spannung des Milderungsrahmens dem Richter ohnehin hinreichender Spielraum gegeben ist, bei der Strafausmessung innerhalb desselben die besonderen Schuldformen des Versuches und der Theilnahme entsprechend zu berücksichtigen. In dieser Erwägung bestimmt Abs. 2 des Art. 77, daß bei Verurtheilung einer jugendlichen Person wegen Theilnahme oder Versuches die Strafe schlechthin, und ohne daß noch eine weitere Herabsetzung auf

---

erst infolge des richterlichen Strafausspruches und in Gemäßheit des Art. 2 des StGB als Uebertretungen zu betrachten und demnach auch prozessualisch als solche zu behandeln sind. Vgl. auch unten Erläut. zu Art. 79 des StGB.

[25]) S. die Erläut. zu Art. 68 oben S. 466 Ziff. 1, deren analoge Anwendbarkeit an sich keinem Zweifel unterliegen könnte.

[26]) Dieses ist aber in der That nur bei den in Art. 77 Ziff. 1 begriffenen schwereren Verbrechen jugendlicher Personen der Fall, insoferne hier der Milderungsrahmen sich zwischen Gefängnißstrafe von (mindestens) zwei bis zehn Jahren bewegt, während bei den in Art. 77 Ziff. 2—4 begriffenen übrigen strafbaren Handlungen eine Beschränkung der Strafmilderung durch Aufstellung eines besonderen (nicht schon durch die Natur der betreffenden Strafart gegebenen) Minimum ohnehin nicht gesetzt, der Richter vielmehr bis zur äußersten Gränze der betreffenden Strafart herabzugehen befugt ist.

Grund der Art. 49 bezw. 55 zulässig wäre, nach Maßgabe der auf die Hauptthat bezw. auf die Vollendung gesetzten Strafe zu bemessen ist[27]).

2) Ueber das Zusammentreffen der Jugend mit anderen gesetzlichen Milderungsgründen von fakultativem (wie freiwillig geleisteter Schadensersatz nach Art. 74) oder obligatorischem Charakter (wie insbesondere geminderte Zurechnung Art. 68, schuldhafter Erzeß der Nothwehr Art. 73) findet sich im Gesetze selbst keine ausdrückliche Bestimmung, wohl aber in den Verh. des GGA. II, 2 (S. 89) die vom Ausschuß gebilligte Bemerkung des Ref., „daß Art. 77 Abs. 2 ausdrücklich nur eine weitere Reduktion der Strafe wegen Theilnahme oder Versuches ausschließe, dagegen im Falle der Konkurrenz der Jugend mit geminderter Zurechnungsfähigkeit eine doppelte Reduktion der Strafe einzutreten habe."

a) Was nun zunächst den Milderungsgrund des geleisteten Schadenersatzes betrifft, so muß allerdings zugestanden werden, daß derselbe im Verhältnisse zur Jugend eine völlig selbständige Bedeutung hat, und daß deßhalb ein innerer Grund, warum eine kumulative Berücksichtigung beider und folglich (nach Ermessen des Gerichtes) eine doppelte Reduktion der Strafe ausgeschlossen sein solle, nicht vorliegt. Allein andererseits besteht zwischen dem Milderungsgrund des Schadensersatzes und zwischen der richterlichen Strafmilderungsbefugniß bei Versuch und Theilnahme (durch Hilfeleistung) eine unverkennbare Analogie sowohl was ihr allgemeines (Selbständigkeits-)Verhältniß gegenüber dem Milderungsgrunde der Jugend betrifft,

27) Hienach genügt die einfache Bemerkung, daß in dem bei Stenglein Ztschr. f. Ger.-pr. III S. 244 mitgetheilten Falle sowohl die bezirksgerichtliche Beurtheilung, als auch die von der Redaktion in einer Nachschrift vertretene Auffassung unrichtig ist: es handelte sich in dem fraglichen Falle um den von einer jugendlichen Person verübten Versuch eines mit zeitlich bestimmter Zuchthausstrafe bedrohten Verbrechens (des Mißbrauches zum Beischlafe, Art. 205) und war darum nach Art. 77 Ziff. 2 auf Gefängniß (von einem Tage) bis zu 5 Jahren zu erkennen. Ganz ungerechtfertigt ist es, wenn Stenglein hier behauptet, daß zuerst die fakultative Strafherabsetzung wegen Versuches stattfinde, und alsdann die gesetzlich gebotene Reduktion wegen Jugend des Thäters Platz greife: es findet überhaupt nur die letztere Statt, — aber auch unter der entgegengesetzten Voraussetzung würde zuerst die für die That angedrohte ordentliche Strafe nach Maßgabe des Art. 77 wegen Jugend des Thäters herabzusetzen, und dann erst bei der Ausmessung dieser ermäßigten Strafe die dem Richter bei dem Versuche nach Art. 49 gestattete Strafmilderungsbefugniß noch weiter zu berücksichtigen sein. S. diese Erläut. oben S. 460 f., insbes. Anm. 48.

als auch darin, daß auch dem ersteren nur eine fakultative Wirkung zukömmt; von diesem Gesichtspunkte aus möchte man geneigt sein, aus den gleichen Gründen, wie bei Versuch und Theilnahme, auch bei geleistetem Schadensersatze die doppelte Reduktion auszuschließen. Die Frage ist übrigens praktisch kaum von Bedeutung, da von denjenigen Verbrechen, bei welchen der Strafmilderungsgrund des Schadensersatzes in Betracht kommen kann, abgesehen etwa von der Brandstiftung (Art. 347), keines zu den in Art. 77 Ziff. 1 gegriffenen (d. h. entweder unbedingt oder doch im höchsten Strafmaße mit Todes- oder lebenslänglicher Zuchthausstrafe bedrohten) gehört und da bei allen übrigen strafbaren Handlungen die Frage über die Zulässigkeit einer doppelten Reduktion ohnehin gegenstandslos ist.

b) In Bezug auf die Konkurrenz von Jugend mit geminderter Zurechnung (und das Nemliche, was von letzterer, gilt wegen Identität des Gesichtspunktes von dem schuldhaften Exzesse der Nothwehr) ist schon oben S. 467 ff. ausführlich dargethan worden, daß eine Verbindung beider ihrem Inhalte nach sich deckender Milderungsgründe als zulässig nicht erachtet und demgemäß (ungeachtet der oben erwähnten in den Berathungsprotokollen zum Entw. II niedergelegten, übrigens mit einer früheren Meinungsäußerung des GGA. II in Widerspruch stehenden Bemerkung) eine doppelte Strafmilderung auf Grund der Jugend und der geminderten Zurechnung nicht stattfinden könne [28].

Art. 78.

Auf die im Art. 28 bezeichneten Straffolgen kann gegen junge Leute, welche gemäß Art. 77 einer Verurtheilung unterliegen, niemals erkannt werden.

Die Vorschriften über Stellung unter Polizeiaufsicht und Verwahrung in einer Polizeianstalt finden auf dieselben in allen Fällen, in welchen diese Maßregeln mit der ordentlichen Strafe der verübten That hätten verbunden werden können, jedoch mit der Beschränkung Anwendung, daß an die Stelle der Verwahr-

---

[28]) S. auch Hocheder a. a. O. S. 391 ff. — A. M. Weis Komm. I S. 234, Stenglein Komm. I S. 569.

ung in einer Polizeianstalt die Unterbringung in einer Erziehungsanstalt für verwahrloste jugendliche Personen zu treten hat.

Zu Abs. 1.

Während der Art. 75 bei geminderter Zurechnung, Exceß der Nothwehr und Schadensersatz den Einfluß der Strafmilderung auf die Verhängung der mit der ordentlichen Strafe in dieser oder jener Weise verbundenen Ehrenfolgen des Art. 28 im Allgemeinen dem richterlichen Ermessen überläßt, so enthält Abs. 1 des Art. 78, hierin abweichend vom Entw. I [1]), das absolute Verbot, gegen jugendliche Personen unter 16 Jahren im Falle ihrer Verurtheilung (gleichviel wegen welchen Reates und zu welcher nach Art. 77 überhaupt zulässigen Strafe) die in Art. 28 bezeichneten Ehrenfolgen oder auch nur eine oder einige derselben zu verhängen. Dieses Verbot des Abs. 1 bezieht sich aber zunächst nur auf die in Art. 28 aufgeführten Rechts- und Ehrenminderungen, nicht auf die übrigen, gesetzlich zulässigen Nebenfolgen der Verurtheilung; diese letzteren sind vielmehr, soweit nicht der Abs. 2 unseres Art. für einige derselben besondere Bestimmungen enthält, auch im Falle der Strafmilderung wegen Jugend nach den für diese Nebenfolgen geltenden besonderen Normen [2]) zu beurtheilen. Diese Bemerkung betrifft namentlich auch die Entziehung der Eidesfähigkeit: insoweit der Eintritt der Eidesunfähigkeit an die rechtskräftige Verurtheilung wegen Meineides – ohne Rücksicht auf die erkannte Hauptstrafe — gebunden (Art. 192) oder die Verhängung derselben bei der Verurtheilung wegen Verläumdung (nach Art. 258) in das richterliche Ermessen gestellt ist,

[1]) Nach Art. 85 des Entw. I sollte es auch bei dem Milderungsgrunde der Jugend dem gerichtlichen Ermessen anheim gegeben bleiben, ob und welche der kraft Gesetzes oder kraft richterlichen Ausspruches mit der ordentlichen Strafe verbundenen oder zu verknüpfenden Ehrenfolgen gegen den Verurtheilten einzutreten haben. Allein der GGA. II erklärte sich auf Antrag seines Ref. von vornherein für den Grundsatz, daß jugendliche Personen unter 16 Jahren auch im Falle ihrer Verurtheilung nicht von entehrenden, auf das künftige Leben mehr oder minder fortwirkenden Folgen getroffen werden sollen. Ref. II, 1 S. 53. 55; Verh. II, 1 S. 219 ff. 229.

[2]) S. insbesondere Art. 30 des StGB. nebst den Erl. hiezu, sowie Art. 21 des Einf.-Ges. und meine Erl. desselben in dieser Sammlung Thl. III Bd. III S. 115 f. — Vgl. auch hernach den Art. 79 des StGB. und die Erl. hiezu unter Ziff. 1 lit. a.

findet diese Straffolge auch gegenüber jugendlichen Personen unter 16 Jahren Anwendung [3]).

Zu Abs. 2.

Hier ist bezüglich der Statthaftigkeit zweier anderer Urtheilsfolgen bei jungen Leuten, nämlich bezüglich der Stellung unter Polizeiaufsicht und der Verwahrung in einer Polizeianstalt und implizite bezüglich der bei Ausländern die ebengenannten Maßregeln ersetzenden Landesverweisung, besondere Vorsehung getroffen.

1) Die Vorschriften über Stellung unter Polizeiaufsicht sollen auf jugendliche Personen unter 16 Jahren in allen Fällen Anwendung finden, in welchen diese Maßregel auch mit der ordentlichen Strafe der verübten That hätte verbunden werden können. Demgemäß und im Hinblicke auf die hier einschlägigen Art. 36 ff. sind die Gerichte ermächtigt, bei Handlungen, welche, abgesehen von dem Milderungsgrunde der Jugend, als Verbrechen strafbar wären, schlechthin, bei sonstigen an sich nur als Vergehen oder Uebertretungen strafbaren Handlungen jugendlicher Personen lediglich in den vom Gesetze ausdrücklich bestimmten Fällen die Zulässigkeit der Stellung unter besondere Polizeiaufsicht im Strafurtheile auszusprechen [4]), — wonach es dann Sache der zuständigen Distriktspolizeibehörde ist, den wirklichen Eintritt dieser Maßregel zu verfügen, sowie die Dauer und die Modalitäten derselben innerhalb der gesetzlich gezogenen Schranken zu bestimmen.

2) Aehnliches, was von der Stellung unter Polizeiaufsicht, gilt zufolge Abs. 2 auch von der Verwahrung in einer Polizeianstalt; die hierauf bezüglichen gesetzlichen Vorschriften (Art. 40—42) sollen auch auf jugendliche Personen in allen Fällen, in welchen diese Maßregel mit der ordentlichen Strafe der verübten That hätte verbunden werden können, Anwendung finden — mit der beschränkenden Maßgabe jedoch, daß an die

[3]) Uebereinstimmend Hocheder a. a. O. S. 396 f.

[4]) Anlangend die Bemerkung Hocheder's S. 397 Not. 1, daß nach der speziellen Bestimmung des Art. 78 „die Straffolge der Stellung unter Polizeiaufsicht unter Umständen bei dem Milderungsgrunde der Jugend selbst da Platz greifen kann, wo sie bei Anwendung des Art. 68 über geminderte Zurechnungsfähigkeit ausgeschlossen wäre“, so hat diese Ansicht ihre Würdigung und Widerlegung schon in dem, was zu Art. 75 oben S. 550 f. erörtert worden ist, gefunden.

Stelle der Verwahrung in einer Polizeianstalt die Unterbringung in einer Erziehungsanstalt für verwahrloste jugendliche Personen zu treten hat. Hienach sind

a) die Gerichte ermächtigt, bei Verurtheilung einer jugendlichen Person wegen eines solchen Vergehens oder Uebertretungsreates, wegen dessen nach den Bestimmungen des speziellen Theiles des StGB. die Nebenfolge der Verwahrung in einer Polizeianstalt überhaupt statthaft ist, und vorausgesetzt, daß die erkannte Vergehensstrafe 2 Jahre Gefängniß nicht übersteigt, im Strafurtheile die hier surrogatorisch eintretende Unterbringung in einer Erziehungsanstalt nach beendigter Strafzeit als zulässig[5]) zu erklären.

b) Liegt ein solcher Ausspruch des Strafgerichtes vor, so hat nunmehr die zuständige Distriktspolizeibehörde nach Opportunitätsrücksichten über bezw. auf die wirkliche Unterbringung zu erkennen und die Dauer derselben, die jedoch (vorbehaltlich der in Art. 42 der Kreisstelle eingeräumten Befugnisse) ein Jahr nicht übersteigen darf, zu bestimmen. Es finden also in den gedachten Beziehungen nicht die Vorschriften des Art. 76 Abs. 4, sondern die Vorschriften der Art. 40 ff. Anwendung, welch' letztere durch die Schlußworte des Art. 78 Abs. 2 eine Modifikation nur insofern erleiden, als der Ort der Verwahrung und in weiterer Folge die Behandlung in der Anstalt geändert wird.

3) Der Art. 78 Abs. 2 schweigt über die bei Ausländern nach Art. 43 als Nebenfolge der Verurtheilung gebotene bezw. zulässige Landesverweisung. Allein nachdem zufolge Art. 43 die Landesverweisung bei Ausländern das Surrogat der bei Inländern eintretenden Stellung unter Polizeiaufsicht oder Verwahrung in einer Polizeianstalt ist, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß gegenüber ausländischen jugendlichen Uebelthätern im Strafurtheile die Landesverweisung in allen Fällen ausgesprochen werden kann[6]), in welchen gegenüber inländischen jugend-

5) Also nicht, wie in den Fällen des Art. 76 Abs. 2 und 3, diese Unterbringung im (freisprechenden) Erkenntnisse anzuordnen.

6) Man wird nicht weiter gehen und behaupten dürfen, daß, wenn eine ausländische jugendliche Person wegen einer an sich als Verbrechen strafbaren That verurtheilt wird, im Hinblicke auf Art. 43 Abs. 1 verb. mit Art. 78 Abs. 2 die Landesverweisung ausgesprochen werden müsse; die Voraussetzung, unter welcher Art. 43 Abs. 1 die Landesverweisung kategorisch vorschreibt, (Verurtheilung wegen Verbrechens, d. h. zu einer Verbrechensstrafe) ist bei jugendlichen Personen nicht gegeben und die Analogie des Art. 78 Abs. 2, welcher auf die Nebenfolgen der ordentlichen Strafe Bezug nimmt, kann

lichen Personen die Maßregeln der Stellung unter Polizeiaufsicht oder der Unterbringung in einer Erziehungsanstalt zulässig sind.

Art. 79.

Verbrechen, welche jungen Personen von der im Art. 76 Abs. 1 bezeichneten Altersstufe zur Last gelegt werden, sind hinsichtlich des Verfahrens sowie der Straffolgen als Vergehen zu betrachten.

Der Inhalt des vorstehenden Art. möchte im Hinblicke auf die gesetzlichen Bestimmungen in Art. 1 (wonach Handlungen, welche die Gesetze mit Gefängniß oder mit einer im Maximum 150 fl. übersteigenden Geldstrafe bedrohen, Vergehen sind) und in Art. 77 Ziff. 1 und 2 (wonach Handlungen, welche an sich als Verbrechen strafbar wären, bei jugendlichen Personen schlechthin nur mit Gefängniß bestraft werden können) als selbstverständlich und entbehrlich erscheinen [1]). Gleichwohl wurde der Art. auf Anregung des Ref. II in das StGB. aufgenommen, um jeden Zweifel in der fraglichen Richtung abzuschneiden und künftigen Kontroversen vorzubeugen [2]).

---

in der fraglichen Beziehung nicht geltend gemacht werden, weil die beiden vom Gesetzgeber hier allein in's Auge gefaßten Maßregeln von vornherein nicht obligatorisch, sondern immer in das fakultative Ermessen gestellt sind.

Jeder Zweifel wird überdies noch abgeschnitten durch den unmittelbar folgenden Art. 79, welcher bestimmt, daß Verbrechen, welche solchen jugendlichen Personen zur Last fallen, hinsichtlich der Straffolgen als Vergehen zu betrachten sind.

[1]) S. auch die desfallsige Aeußerung des Minist.-Komm. in Verh. d. KdA. II, 1 S. 219, sowie des Ref. I, 1 S. 151 und Beih. I, 1 S. 293.

[2]) Ref. II, 1 S. 53; Verh. II, 1 S. 222. — Zweifel konnten sich erheben, theils weil in der Pfalz unter der Herrschaft des C. pén. (welcher aber für Frankreich selbst durch die Gesetze vom 25. März 1824 und 28. April 1832 in der fraglichen Hinsicht wesentlich modifizirt worden ist) Verbrechen jugendlicher Personen unter 16 Jahren, obwohl hier keine eigentliche Verbrechensstrafe, sondern nur Einsperrung in ein Besserungshaus verhängt werden konnte,

Art. 79—

Im Einzelnen ist noch Folgendes anzumerken:

1) Nach Vorschrift des gegenwärtigen Artikels sind Verbrechen, welche jugendlichen Personen zur Last gelegt werden, sowohl in materieller Hinsicht (betreffs der Straffolgen), als auch in prozessualer Beziehung lediglich als Vergehen zu betrachten und zu behandeln. Hieraus folgt:

a) Wenn eine jugendliche Person wegen einer an sich und objektiv als Verbrechen, in Anbetracht der Jugend aber blos als Vergehen strafbaren Handlung verurtheilt wird, so kann diese Verurtheilung — vorbehaltlich der im vorhergehenden Art. 78 getroffenen besonderen Bestimmungen (insbesondere über Stellung unter Polizeiaufsicht) nicht von solchen Straffolgen begleitet sein oder werden, welche eine erlittene Verurtheilung wegen Verbrechens voraussetzen würden ³).

---

dennoch von den Schwurgerichten abgeurtheilt wurden, theils im Hinblick auf Art. 2 des StGB., wonach in Fällen, wo das Gesetz statt der angedrohten Verbrechensstrafe ausnahmsweise eine Vergehensstrafe auszusprechen gestattet, die als Verbrechen beahndete Handlung (nicht rückwirkend, sondern erst) mit dem Urtheile die Natur eines Vergehens annimmt, also bis zum Urtheile und namentlich in Ansehung der prozessualen Zuständigkeit als Verbrechen zu behandeln ist. — Allein es bedarf nur der Bemerkung, daß auf die von jugendlichen Personen begangenen Verbrechen überall nicht der Art. 2, sondern der Art. 1 paßt, weil bezüglich ihrer dem Richter nicht die Befugniß eingeräumt ist, entweder eine Verbrechens- oder eine Vergehensstrafe auszusprechen, sondern derselbe im Falle der Schuldigerklärung nach Art. 77 Abs. 2 und 3 nur eine Vergehensstrafe aussprechen kann und muß, hiedurch aber der bloße Vergehenscharakter der That „von vorneherein unabänderlich feststeht und nicht erst durch das Strafurtheil zu geben ist", s. oben S. 599 Note 24 und das dort angeführte OAG.-Erk. vom 29. Mai 1863. Vgl. auch die Erört. in der Zeitschr. f. Gesetzg. u. Rechtspfl. XI Abth. für Strafr. S. 227 ff., insbes. S. 238.

³) So knüpft z. B. der Art. 21 des Einf.-Ges. (und ähnlich der Art. 5 des Ges. über die Wahl der Landtagsabg. vom 4. Juni 1848, §. 4 des Heerergänz.-Ges. rc.) an die Verurtheilung wegen irgend eines Verbrechens oder wegen gewisser näher bezeichneter Vergehen die Unfähigkeit zum Geschworenenamt, den Verlust der Wahlberechtigung hinsichtlich der Gemeindevertretung im w. G.d.W. rc. Wenn nun eine jugendliche Person wegen einer Handlung zu einer Vergehensstrafe verurtheilt wird, welche an sich als Verbrechen qualifizirt, welche aber nicht zugleich auch unter den jene Unfähigkeiten begründenden Vergehen aufgeführt ist, so muß sie von den in Rede stehenden Rechtsminderungen verschont bleiben: denn sie ist nicht wegen Verbrechens verurtheilt.

b) Die jugendlichen Personen zur Last gelegten Verbrechen müssen von vornherein nach allen strafprozessualen Beziehungen, also namentlich auch rücksichtlich der Zuständigkeit, als Vergehen behandelt werden.

Die Aburtheilung derselben erfolgt also im Hinblick auf Einf.-Ges. Art. 31 regelmäßig nicht von den Schwurgerichten, sondern von den Bezirksgerichten in erster, von den Appellationsgerichten in zweiter Instanz. Ausnahmen von dieser Regel können allerdings stattfinden und eine Verweisung vor das Schwurgericht veranlaßt sein — so namentlich dann, wenn es sich um einen durch die Presse verübten Reat handelt, oder wenn mit der jugendlichen Person zugleich ältere Personen als Mitbeschuldigte (Mitthäter oder Theilnehmer) abzuurtheilen sind, oder wenn die beschuldigte Person gleichzeitig wegen mehrerer, theils vor theils nach vollendetem 16. Jahre begangener und als Verbrechen qualifizirter Handlungen vor das erkennende Strafgericht zu stellen ist.

2) Der vorstehende Art. beschäftigt sich ausdrücklich nur mit den zu bloßen Vergehen gemilderten Verbrechen jugendlicher Personen. Ueber die prozessuale Behandluug der von solchen Personen verübten Vergehen, welche nach Art. 77 Ziff. 3 und 4 eine Umwandlung in bloße Uebertretungen erfahren können bezw. müssen, ist eine direkte Bestimmung weder hier noch anderwärts im StGB. gegeben. Gleichwohl kann von einer Lücke des Gesetzes nicht gesprochen werden, da die allgemeinen Grundsätze zur Beantwortung der beregten Frage vollkommen ausreichen. Hienach ist aber zu unterscheiden zwischen vorsätzlichen Vergehen jugendlicher Personen, bei welchen es nach Art. 77 Ziff. 3 dem Ermessen des Gerichtes überlassen ist, entweder eine Vergehensstrafe oder (wenn die Gefängnißstrafe 3 Monate nicht übersteigt) statt derselben eine entsprechende Arreststrafe zu verhängen, und zwischen fahrlässigen Vergehen, welche nach Art. 77 Ziff. 4 bei jugendlichen Personen überall nur mit Arrest- (Uebertretungs-) Strafe beahndet werden können: die ersteren müssen prozessualisch immer als Vergehen behandelt werden, und zwar dies im Hinblick auf Art. 2, wonach in Fällen, wo das Gesetz die Anwendung einer Uebertretungs- statt einer Vergehensstrafe lediglich gestattet, die Handlung erst mit dem die niedrigere Strafe aussprechenden Urtheile den Charakter einer Uebertretung annimmt, — die letzteren dagegen müssen, wie schon oben S. 599 dargethan wurde, in jeder und folglich auch in prozessualischer Hinsicht als Uebertretungen behandelt werden, weil durch das Gesetz selbst, nämlich durch Art. 77 Ziff. 4 in Verbindung mit Art. 1 ihr Uebertretungscharakter von vornherein unabänderlich festgestellt und überdies hier die Analogie mit

...n Art. 79 ausdrücklich vorgesehenen Falle eine unverwerfliche und ...nde ist [4]).

Art. 80.

Die auf Grund des Art. 77 erkannten Freiheitsstrafen sind, wenn ihre Dauer einen Monat nicht übersteigt, in den Bezirks- beziehungsweise Polizeigerichtsgefängnissen, jedoch mit strenger Absonderung der jugendlichen Sträflinge von den übrigen, zu vollziehen.

Uebersteigt die Strafdauer einen Monat, so hat der Vollzug in besonderen, ausschließlich für jugendliche Personen bestimmten Gefangenanstalten zu geschehen, in welchen vorzugsweise auf zweckmäßige Erziehung der Sträflinge zu wirken ist.

Hinsichtlich des Vollzuges der gegen jugendliche Personen unter 16 Jahren erkannten Freiheitsstrafen hatte schon der Entw. I in Art. 82 die Bestimmung aufgenommen, daß derselbe „entweder in besonderen, ausschließlich für jugendliche Personen bestimmten Gefangenanstalten oder in abgesonderten Räumen der gewöhnlichen Strafanstalten zu geschehen habe [1]).

Allein diese Alternative des Art. 82 wurde schon sofort vom Ref. II beanstandet [2]) und auf dessen Antrag ungeachtet des Seitens der Staats-

---

[1]) Uebereinstimmend Hocheder S. 399 und das oben S. 599 Note 24 angef. PStGE. vom 29. Mai 1863.

[1]) Vgl. auch preuß. StGB. §. 43 Ziff. 4. — Das bayer. StGB. v. 1813 hatte in Art. 101 blos die abgesonderte Verwahrung der jugendlichen Sträflinge im Zucht- und Strafarbeitshause vorgesehen unter dem weiteren Zusatze, daß mit der Bestrafung solcher junger Leute nicht nur angemessene Arbeit, sondern auch zweckmäßiger religiöser und moralischer Unterricht zu verbinden sei.

[2]) Ref. berief sich einerseits auf die in den Landestheilen diesseits und jenseits des Rheines gemachten Erfahrungen über den geringen praktischen Werth der hinsichtlich der Verwahrung in abgesonderten Räumen bestehenden gesetzlichen Bestimmungen, andererseits auf das unabweisbare, dringende Be-

regierung erhobenen finanziellen Bedenkens vom GGA. II der zweite Theil dieser Alternative abgelehnt, demgemäß beschlossen, daß der Vollzug dieser Freiheitsstrafen schlechthin in besonderen, ausschließlich für jugendliche Personen bestimmten Gefangenanstalten zu geschehen habe, in welchen vorzugsweise auf deren zweckmäßige Erziehung zu wirken sei, — womit sich auch der GGA. I einverstanden erklärte [3]).

Bei der Revision des Entw. fand dieser Beschluß der GGA. *in der Hauptsache* (soweit es sich um Freiheitsstrafen von mehr als ein*monatlicher* Dauer handelt) Berücksichtigung, während Freiheitsstrafen von geringerer Dauer, bei welchen der Erziehungszweck ohnehin in den Hintergrund tritt, nach dem nicht weiter beanstandeten Vorschlage des Entw. II auch an jugendlichen Personen (schlechthin, nicht blos alternativ) in den gewöhnlichen Strafanstalten, jedoch mit strenger räumlicher Absonderung, zu vollstrecken sind.

Im Uebrigen gibt der vorstehende Art. noch zu folgenden Bemerkungen Veranlassung:

1) Nach den Eingangsworten des Art. sind Gegenstand seiner Vorschriften „die auf Grund des Art. 77 erkannten Freiheitsstrafen" — also nicht blos die Gefängniß-, sondern auch die Arreststrafe [4]), sofern die eine und die andere auf Grund des Art. 77 d. h. gegen eine zur Zeit der Verübung der That noch nicht 16 jährige, aber bereits zurechnungsfähige Person erkannt worden ist. Ist diese letztere Voraussetzung gegeben, so finden die besonderen Bestimmungen des Art. 80 über den Strafvollzug Anwendung, auch wenn der jugendliche Uebelthäter im Zeitpunkte seiner Verurtheilung oder des Beginnes des Strafvollzuges das 16. Lebensjahr bereits zurückgelegt haben würde [5]).

---

dürfniß, durch Einrichtung besonderer Strafanstalten für jugendliche Personen den Anforderungen des hier durchschlagenden Besserungs- und Erziehungszweckes zu genügen und die durch die Gemeinschaft mit gereifteren Uebelthätern nothwendig gesetzte moralische Kontagion zu verhindern, s. Ref. II, 1 S. 53; Verh. II, 1 S. 218 ff.

[3]) Ref. I, 1 S. 152; Verh. I, 1 S. 293.

[4]) Es muß darum, da der Abs. 2 des Art. keinen Unterschied macht, sondern die „Freiheitsstrafen" des Abs. 1 in Bezug nimmt, auch die auf Grund des Art. 77 erkannte Arreststrafe, wenn deren Dauer einen Monat übersteigt, in einer Gefangenanstalt für jugendliche Personen vollzogen werden.

[5]) Hocheder, Komment. S. 400. — Daß die Vorschriften des Art. 80 nicht, sondern nur etwa die des folgenden Art. 81 anwendbar sind, wenn Jemand

2) Der Art. 80 läßt es von der Dauer der Strafe (je nachdem diese höchstens einen Monat oder darüber beträgt) abhängen, ob dieselbe in einer der gewöhnlichen Strafanstalten, oder in einer besonderen Gefangenanstalt für jugendliche Personen [6]) zu vollziehen ist. Hiebei ist, ähnlich wie bei Art. 18 (s. oben S. 127), unter der Strafdauer nicht sowohl die Dauer der an sich im Urtheile ausgesprochenen Strafe, als vielmehr die Erstehungszeit d. h. die Dauer der am Beginne des eigentlichen Strafvollzuges noch wirklich zu erstehenden Strafe gemeint.

3) Es ist die Frage aufgeworfen worden, ob die Gerichte ermächtigt seien, auf Grund des Art. 19 auch bei jungen Leuten unter 16 Jahren den Vollzug der gegen sie erkannten Gefängnißstrafe in einer Festung anzuordnen [7]). Erwägt man, daß der Gesetzgeber für den Vollzug der auf Grund des Art. 77 erkannten Freiheitsstrafen besondere und nach seiner unverkennbaren Absicht erschöpfende Normen gegeben hat, daß diese besonderen Vorschriften, wenigstens diejenigen des Art. 80 Abs. 2, von dem Gedanken der zweckmäßigen Erziehung des jugendlichen Sträflings beherrscht sind, welcher Tendenz durch den Strafvollzug in einer Festung nicht oder wenigstens nicht im wünschenswerthen Maße entsprochen werden könnte, daß endlich auch in den Fällen des Art. 80 Abs. 1 durch die gesetzlich angeordnete räumliche Absonderung der jugendlichen Sträflinge der Zweck des Festungssurrogates wenigstens annähernd erreicht wird, so wird die oben aufgestellte Frage füglich zu verneinen sein — ganz zu ge-

---

wegen mehrerer theils vor theils nach erlangter Altersreife verübten Delikte (also nicht lediglich auf Grund des Art. 77) zu einer Freiheitsstrafe verurtheilt worden ist, erscheint selbstverständlich.

6) Daß diese Gefangenanstalten für jugendliche Personen ungeachtet der ihnen gesetzlich gestellten Erziehungsaufgabe wirkliche Strafanstalten, und darum von den in Art 76 genannten Erziehungsanstalten für verwahrloste jugendliche Personen durchaus verschieden sind, bedarf kaum der Bemerkung. — Wegen der Hausordnung für solche Gefangenanstalten s. den Anhang unter lit. C.

7) S. Hocheder S. 401, welcher diese Frage bejaht und diese Bejahung darauf stützt, daß einerseits die dem Art. 19 zu Grunde liegende ratio legis auf jugendliche Personen ganz ebenso wie auf Erwachsene passe, und daß andererseits dem Art. 80 die Bedeutung einer lex generalis in ähnlicher Weise wie dem Art. 18 zukomme, im Verhältnisse zu welchen generellen Normen sich der Art. 19 als eine lex specialis darstelle, deren Anwendbarkeit beim Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzungen durch die allgemeine Bestimmung des Art. 80 nicht ausgeschlossen werde.

schweigen von der Inkonvenienz, welche sich zugestandenermaßen daraus ergeben würde, daß eine zu Arrest von mehr als Monatsdauer verurtheilte jugendliche Person, auch wenn bei ihr die Voraussetzungen zum Strafvollzuge in einer Festung gegeben wären, ihre Strafe nach Art. 80 Abs. 2 gleichwohl in einer Gefangenanstalt für jugendliche Personen zu erstehen hätte, während unter den gleichen Voraussetzungen bei Verurtheilung zu einer Gefängnißstrafe (gleichviel von welcher Dauer) der Strafvollzug in einer Festung angeordnet werden könnte.

Art. 81.

Die Staatsregierung ist ermächtigt, auch Minderjährige über sechzehn Jahre, welche eine Gefängnißstrafe in einer Gefangenanstalt zu erstehen haben, in eine für jugendliche Personen bestimmte Gefangenanstalt verbringen zu lassen, vorausgesetzt, daß die Dauer ihrer Strafzeit die ihrer Minderjährigkeit nicht überschreitet.

Art. 82.

Hat eine Person, welche zur Zeit der That zwar das sechzehnte Lebensjahr zurückgelegt hatte, aber noch minderjährig war, sich eines mit Todesstrafe bedrohten Verbrechens schuldig gemacht, so ist statt der Todesstrafe auf lebenslängliche Zuchthausstrafe zu erkennen.

Die beiden vorstehenden Artikel treten aus der Gruppe der bisher erläuterten Art. 76—80 insofern heraus, als sie abweichend von der bis dahin festgehaltenen Regel, daß Personen über 16 Jahre in strafrechtlicher Beziehung völlig als Erwachsene betrachtet werden sollen, auch dem jugendlichen Alter nach zurückgelegtem 16. Lebensjahre und bis zu erreichter Volljährigkeit[1]) eine gewisse, wenn auch allerdings sehr beschränkte gesetzliche

---

[1]) Der Beginn der Volljährigkeit ist (für die Pfalz durch C. civ. Art. 488, für die übrigen Gebietstheile durch eine kgl. VO. vom 26. Okt. 1813) gleichmäßig auf das vollendete 21. Lebensjahr festgesetzt, Erkl. d. JM. in Verh. I, 1 S. 294. — Ob der Volljährigkeitserklärung per rescriptum principis auch in strafrechtlicher Beziehung dieselbe Wirkung, wie der Erreich-

Berücksichtigung angedeihen lassen. Die Anregung zu beiden Artikeln gebei Berathung des Entw. I durch den GGA. II [2]), dessen Beschlüsse jedoch als aber nur, soweit sie die Bestimmung des Art. 81, nicht soweit sie die jenige des Art. 82 betrafen, die Zustimmung des GGA. I und der Staatsregierung erhielten [3]); auch im Entw. II fehlte noch der jetzige Art. 82, bezüglich dessen auch die frühere Meinungsverschiedenheit zwischen den GGA. sich wiederholt hervortrat [4]), bis schließlich die entschieden festgehaltene Proposition des GGA. II den Sieg davon trug [5]).

Im Einzelnen ist zu den vorstehenden beiden Artikeln noch Folgendes zu bemerken:

Zu Art. 81.

Dieser Artikel betrifft, wie der gerade vorhergehende Art. 80, an welchen er sich unmittelbar anschließt, lediglich den Strafvollzug. Nach den allgemeinen Bestimmungen der Art. 16, 18, 20 im Zusammenhalte mit Art. 80 hat der Vollzug der gegen Personen über 16 Jahre erkannten Freiheitsstrafen in den dort vorgesehenen gewöhnlichen Strafanstalten (Zuchthäusern, Bezirksgerichtsgefängnissen bezw. Gefangenanstalten, Polizeigerichtsgefängnissen) zu geschehen. Hieran soll auch durch die Bestimmung des Art. 81 im Allgemeinen nichts geändert, von diesen Vorschriften im den Gerichten als solchen eine Abweichung weder geboten noch selbst nur gestattet werden. Immerhin aber erschien es angezeigt, der Staatsregierung in Ansehung der „Minderjährigen über 16 Jahre“ [6]) für den Vollzug der gegen dieselben ergangenen Strafurtheile

ung des gesetzlichen Normalalters beizulegen sei (wie von Hocheder S. 404 nach rein grammatikalischer Auslegung der vorwürfigen Gesetzesbestimmungen behauptet wird) dürfte stark zu bezweifeln sein: dem Gesetzgeber schwebte hier offenbar nur die Regel vor, er wollte dem Alter bis zum 21. Lebensjahre die rechtliche Gunst zu Theil werden lassen.

2) Verh. II, 1 S. 221 f., 226 f.
3) Ref. I, 1. S. 153, Verh. I, 1 S. 294 ff.
4) Ref. II, 2 S. 138 f., Verh. II, 2 S. 14 f.; Ref. I, 2 S. 36, Verh. I, 2 S. 55 f.
5) Verh. II, 2 S. 200 u. Verh. I, 1 S. 93.
6) Hierunter sind aber nach der zu Art. 80 gegebenen Erläuterung nur solche Personen zu verstehen, welche zur Zeit der Verübung der That das 16. Lebensjahr bereits vollendet hatten, da im anderen Falle, wenn das Individuum zur Zeit der That das 16. Lebensjahr noch nicht zurückgelegt hatte, schlechthin und ohne Rücksicht auf das Alter im Zeitpunkte der Verurtheilung oder des Beginnes des Strafvollzuges die Bestimmungen des Art. 80 Platz greifen.

kannten Freiheitsstrafen innerhalb bestimmter Gränzen eine gewisse Bewegungsfreiheit zu gestatten zu dem Ende, um auch bei diesen Personen durch Absonderung derselben von den gereifteren Uebelthätern und durch eine auf angemessene Erziehung hinstrebende Behandlung in besonderen Anstalten den Besserungszweck desto sicherer erreichen zu können.

Demgemäß ertheilt der Art. 81 der Staatsregierung die Ermächtigung [7]), auch bei Minderjährigen über 16 Jahre den Strafvollzug in einer Gefangenanstalt für jugendliche Personen (nach Art. 80) anzuordnen — aber nur unter folgenden Voraussetzungen:

1) Die verhängte Strafe muß eine Gefängniß-, sie darf also weder eine Zuchthaus- noch eine Arreststrafe sein — hinsichtlich des Vollzuges der beiden letzteren Arten der Freiheitsstrafen bleibt es schlechthin bei den allgemeinen Vorschriften;

2) die Gefängnißstrafe muß eine solche sein, welche mit Rücksicht auf Art. 18 in einer (gewöhnlichen) Gefangenanstalt zu erstehen wäre. Die Ermächtigung des Art. 81 zessirt also sowohl dann, wenn die Gefängnißstrafe (weil sie die Dauer von 2 Monaten nicht übersteigt) in einem Bezirksgerichtsgefängnisse, als auch dann, wenn dieselbe unter den Voraussetzungen des Art. 18 Abs. 3 kraft richterlichen Erkenntnisses im Zuchthause zu vollziehen ist: die ratio legis ist, daß im einen Falle die Strafzeit zu kurz ist, um von der Verbüßung in einer für jugendliche Personen bestimmten Gefangenanstalt besonderen Erfolg erwarten zu lassen, und daß im anderen Falle der richterlichen Anordnung über den Straferstehungsort nicht zuwidergehandelt werden darf [8]); endlich

---

[7]) Ob die Staatsregierung von dieser gesetzlichen Ermächtigung in genereller oder in spezieller Form Gebrauch machen wolle, ist hiernach zunächst ihrem Ermessen anheimgegeben. Inhaltlich der gemeinschaftlichen Entschl. der kgl. StM. d. Just. u. d. Inn. vom 6. Juni 1863 (Just.-Minist.-Bl. S. 17 ff.) Ziff. III hat die Staatsregierung den ersteren Weg eingeschlagen und die allgemeine Anordnung getroffen, daß alle minderjährigen Personen der in Art. 81 bezeichneten Kategorie in eine für jugendliche Personen bestimmte Gefangenanstalt einzuliefern seien. Ebendeßhalb liegt es „nicht in der Zuständigkeit des mit dem Strafvollzuge befaßten Gerichtes, Beschluß darüber zu fassen, ob die betreffende Person auch nach ihren persönlichen Eigenschaften oder sonst obwaltenden Verhältnissen (z. B. wegen der in der Beschaffenheit der That hervorgetretenen besonderen sittlichen Verdorbenheit) zur Unterbringung in einer solchen Anstalt geeignet sei" — OAGE. vom 27. Juli 1866 in der Zeitschr. f. Gee.-pr. VI S. 25 f.

[8]) Verh. II, 1 S. 227.

3) darf (nach den Schlußworten des Art. 81) die Dauer der Straf-
dieser Personen das Alter ihrer Minderjährigkeit *) nicht über-
zeit ten — eine Einschränkung, welche aus dem Grunde beigefügt worden
schr weil „volljährige Personen in Anstalten für jugendliche Uebelthäter sich
ist. befinden dürfen und ein Wechsel des Strafortes während der Straf-
nicht nicht angemessen sei" [10]).
zeit

Zu Art. 82.

Nach dem vom Gesetzgeber in Bezug auf das jugendliche Alter befolg-
Systeme (Art. 76 ff.) bildet das vollendete 16. Lebensjahr den kriti-
ter Zeitpunkt, mit welchem, soweit nicht sonstige Gründe der Unzurechen-
sch baz Zeit oder der geminderten Zurechnung gegeben sind, die volle strafrecht-
lich Verantwortlichkeit für die verübte strafbare That eintritt; das Al-
ter über 16, aber unter 21 Jahren darf, kann und soll hienach zwar im-
mer noch (bei der Anwendung relativ bestimmter Strafsanktionen) als
Str fminderungsgrund d. h. als ein Grund geringeren Ausmaßes der or-
den lichen Strafe innerhalb des gesetzlichen Rahmens Berücksichtigung finden,
aber es kann nicht zur Abweichung von der ordentlichen Strafe, folglich
nicht zur Strafänderung bezw. Strafmilderung berechtigen.

Von der Konsequenz dieses Systemes ist jedoch der Gesetzgeber [11]) in
eine Punkte abgewichen: Personen, welche zur Zeit der That noch
minderjährig waren, sollen von der Todesstrafe, auch wo diese (wie
fast überall) absolut und mit Ausschluß allen richterlichen Ermessens ange-
droht ist, schlechthin verschont bleiben, es soll in Ansehung ihrer an die
Stelle der Todesstrafe die lebenslängliche Zuchthausstrafe als die schwerste
Stra fe treten, welche gegen sie verhängt werden darf. Dieser Ausnahme-
bestimmung des Art. 82 liegt in der Hauptsache die auch von anderen Ge-

---

*) Der eheliche Stand als solcher ist hingegen kein Hinderniß, die für die Straf-
erstehung minderjähriger Personen bestehenden Vorschriften auf dieselben an-
zuwenden; mit der Verehelichung tritt der Minderjährige zwar aus der Vor-
mundschaft bezw. aus der väterlichen Gewalt, allein der Stand der Minder-
jährigkeit wird dadurch nicht verändert, — s. das in Note 7 anges. OAGE.
v. 27. Juli 1866.

[10]) Verh. II, 1 S. 227. — Der hier angeführte Grund ist allerdings nicht
völlig zutreffend, da es in Gemäßheit des Art. 80 ganz wohl vorkommen
kann, daß jugendliche Personen, welche zu einer länger dauernden Gefäng-
nißstrafe (z. B. nach Art. 77 Ziff. 1 von 6, 8 oder 10 Jahren) verurtheilt
worden sind, über das Alter ihrer Volljährigkeit hinaus in einer Gefangen-
anstalt für jugendliche Personen verwahrt werden müssen.

[11]) Freilich erst nach längeren Verhandlungen, s. oben Note 2–5.

setzgebungen [12]) beachtete Erwägung zu Grunde, daß junge Leute von mehr als 16 Jahren, wenn sie auch den strafrechtswidrigen Charakter ihrer That vollkommen einzusehen vermögen, immerhin noch nicht die volle Charakterstärke und die zur Niederkämpfung der Leidenschaften und der verbrecherischen Anreize erforderliche volle sittliche Kraft, wie Erwachsene, zu besitzen pflegen, daß es von hier aus nicht gerechtfertigt erscheinen könne, ihre Handlungen genau und ausnahmslos (auch in Ansehung der schwersten Folgen) nach demselben Maßstabe, wie jene des gereiften Mannes, zu beurtheilen, daß es einen geradezu schreienden Widerspruch enthalte, dieselben Personen, welche wegen noch mangelnder vollständiger geistiger und sittlicher Reife noch nicht in den Vollgenuß der bürgerlichen Rechte eingetreten seien, strafrechtlich mit ihrem Leben verantwortlich zu machen, daß es darum als eine (schon vom Gesetze selbst zu berücksichtigende, nicht erst der nachträglichen Begnadigung zu überlassende) Forderung der Gerechtigkeit erscheine, zum wenigsten die Anwendung der Todesstrafe gegen minderjährige Personen auszuschließen [13]).

Art. 83.

Wenn ein Angeklagter ohne eigenes Verschulden eine mehr als einmonatliche Untersuchungshaft erduldet hat, so ist dieselbe bei zeitlich bestimmten Zuchthaus-, bei Gefängniß- und Geldstrafen in der Art zu berücksichtigen, daß zwar im Erkenntnisse die verwirkte ordentliche Strafe ausgesprochen, hievon aber so viel, als die Dauer der unverschuldet erlittenen Haft beträgt, für bereits getilgt erklärt wird, wobei bezüglich der Geldstrafen der im Art. 27 festgesetzte Maßstab in Anwendung kommt.

Bei Uebertretungen ist jede erlittene Untersuchungshaft in Anrechnung zu bringen.

---

[12]) Vgl. insbesondere braunschw. StGB. §. 60, welches vor zurückgelegtem 21. Lebensjahre, österreich. StGB. §. 52, welches vor vollendetem 20., hess. StGB. Art. 117 und bad. StGB. §. 90, welche vor zurückgelegtem 18. Lebensjahre die Verhängung der Todes- (bezw. auch der Ketten- oder lebenslänglichen Zuchthaus-) Strafe ausschließen.

[13]) S. Ref. II, 2 S. 138 f. und Verh. II, 2 S. 17 f.

Grundgedanke und Entstehungsgeschichte des Artikels[1].

§. 1.

Untersuchungshaft im Gegensatze zur Strafhaft ist eine prozessualische Zwangsmaßregel gegen angeschuldigte und noch nicht rechtskräftig überführte Personen, welche zur Sicherung der Zwecke des Strafverfahrens (wegen bestehenden Flucht- oder Kollusionsverdachtes) zeitweilig ihrer Freiheit beraubt werden.

Obwohl der äußere Zwang bei der Untersuchungshaft derselbe oder ein ähnlicher ist, wie bei der Strafhaft, so besteht zwischen beiden doch der durchgreifende Unterschied, daß erstere nicht, wie die Strafe, eine vom Vergeltungsprinzipe geheischte rechtliche Nothwendigkeit, sondern nur eine durch Opportunitätsgründe geforderte faktische Nothdurft, daß sie nicht Selbstzweck, sondern lediglich Mittel zum Zwecke, ein an sich nicht berechtigtes, aber für viele Fälle nicht zu umgehendes Uebel ist.

Als nächste Folge ergibt sich aus diesem Charakter der Untersuchungshaft, daß die Anwendung derselben die Gränzen des wirklichen und dringenden Bedürfnisses niemals überschreiten dürfe[2], die näheren Be-

---

1) Aus der einschlägigen Literatur des gemeinen und des bayer. Strafrechtes ist besonders hervorzuheben: Abegg im Neuen Archiv des Krim.-Rechts Bd. XIV S. 153 ff.; Köstlin, System S. 571 ff.; Geib, Lehrb. des deutsch. Strafrechts II S. 102 ff.; Heinze, das Recht der Untersuchungshaft (Antrittsvorlesung, Leipzig 1865); Gotthelf, über Abrechnung unverschuldet erlittener Untersuchungshaft in der Zeitschr. f. Ger.-pr. IV S. 97 f., 113 f., 129 f.; Rosenkranz, die Lehre von der Anrechnung unverschuldet erlittener Haft als Strafe in der Z. f. G. u. R. XIII Abth. f. Strfr. S. 219 ff. u. S. 406 ff., — dann noch die Kommentare von Stenglein I S. 573 f., Weis I S. 236 f., Hocheder S. 404 f.

2) Heinze a. a. O. S. 6: „Der Zug der Zeit geht augenscheinlich dahin, das Uebel der Untersuchungshaft zu mindern; man stellt die Anlegung in das Ermessen des Richters, wo sie früher anbefohlen war; man erleichtert die Aufhebung und bestrebt sich, die Dauer abzukürzen; man gibt die Kollusionshaft Preis oder engt dieselbe ein, oder bestreitet und beschneidet wenigstens ihre Berechtigung; man befördert das Surrogat der Haft, die Kaution." — Allerdings scheint hiemit nicht sehr übereinzustimmen ein unten noch weiter zu besprechendes (Plenar-) Erk. unseres bayer. obersten Gerichtshofes v. 16. Dez. 1864, wo es u. A. heißt: . . . „es erfordert das kräftige Fortgehen der Strafrechtspflege die strengere Handhabung von Hilfsmitteln des Verfahrens, welche für Erreichung der Schuldigen unentbehrlich sind, deren Gebrauch und Anschlag sich daher auch von Rücksichten der Milde nicht darf beirren lassen."

stimmungen hierüber gehören übrigens dem Prozeßrechte an, und sind für unser bayerisches Recht hauptsächlich im Einf.-Ges. Art. 38—52 enthalten: hienach darf eine Untersuchungshaft nur in jenen Fällen verhängt werden, wo das Gesetz dieselbe entweder gebietet (Art. 38 u. 39) oder mindestens für zulässig erklärt (Art. 40—44), — aber gleichwie in den letzteren Fällen die gerichtlichen Organe niemals ohne ein in concreto vorliegendes Bedürfniß von der ihnen eingeräumten Befugniß Gebrauch machen sollen, so sollen sie auch die angeordnete Haft nicht blos auf Beschwerde des Verhafteten, sondern auch von Amtswegen wieder aufheben, sobald der Rechtfertigungsgrund derselben hinweggefallen oder der Zweck derselben in anderer Weise (so namentlich durch erbotene Sicherheitsbestellung) erreichbar ist (Art. 42, 45—51)[3].

Zum Anderen aber rechtfertigt der vorhin gezeichnete Charakter der Untersuchungshaft (als eines prozessualen Uebels, welches der rechtsverfolgende Staat in seinem Interesse aus Zweckmäßigkeitsgründen dem Verdächtigen zufügt) die Forderung, daß dem Verhafteten schlechthin die erlittene Haft vergütet werde — nicht blos dem Verurtheilten (durch Anrechnung der Haft auf die Strafe), sondern auch dem Freigesprochenen (durch eine Abfindung in Geld), und zwar im einen wie im anderen Falle zunächst ohne Rücksicht darauf, ob die Untersuchungshaft eine unverschuldete oder eine s. g. verschuldete war[4].

Allein die positiven Rechte sind von einer folgerichtigen Anerkennung dieser Forderung noch sehr weit entfernt. Zunächst gilt dies in Bezug auf die Entschädigung des Freigesprochenen für die erduldete Untersuchungshaft — der Verletzte hat hier sowohl nach gemeinem Rechte wie nach den neueren Partikulargesetzgebungen einen Anspruch auf (vermögensrechtliche) Genugthuung nur insoweit, als die Grundsätze der lex Aquilia oder der

---

[3]) Vgl. meinen Kommentar zum Einf.-Ges. in dieser Sammlung Th. III Bd. III S. 203—275.

[4]) Heinze a. a. O. S. 27 f., wo dieser Satz näher begründet und begränzt ist. Auch Heinze geht „von der Ansicht aus, daß zur Verwirklichung der strafenden Gerechtigkeit dem Staate jedes sittlich zulässige und zweckentsprechende Mittel zugestanden werden muß“, folglich auch die Anwendung der Untersuchungshaft, ohne welche häufig der Strafanspruch des Staates illusorisch gemacht würde. Immerhin sollte daran festgehalten werden, daß „die einstweilige Freiheitsentziehung ein Opfer ist, das der Bezichtigte den höheren Interessen des Staates, aber nur gegen Vergütung bringt“ (S. 33).

Art. 8 ilatsklage anschlagen, also nur bei inmitten liegender Fremder Ver-
schuldung und zunächst nur gegen den schuldigen Beamten oder Privaten
selbst gegen den Staat nur unter der Voraussetzung, daß seine Verbind-
lichkeit für die widerrechtlichen Handlungen seiner Beamten einzustehen, im
geltenden öffentlichen Recht anerkannt ist [5]).

Relativ befriedigender ist der Standpunkt der positiven Rechte, soweit es sich um Entschädigung des Verurtheilten für die erlittene Untersuchungshaft handelt. Im Hinblick auf mehrere Stellen des römischen Rechts [6]) hat die gemeinrechtliche Doctrin schon von jeher die Berücksichtigung des langwierigen Untersuchungsgefängnisses im Straferkenntnisse — aber aus dem (offenbar unrichtigen) Gesichtspunkte eines allgemeinen gesetzlichen Strafmilderungsgrundes und (hiemit theilweise zusammenhängend) die Dauer der Haft nur unter der Bedingung gebilligt, daß der Verurtheilte sie nicht selbst verschuldet habe. Die neuere Doktrin hat zwar diese ältere [7]) mit Recht „die Halb-

5) Heinze a. a. O. S. 15 ff. u. S. 27 ff. Es wird hier den Verurtheilten (von derselben) entschädigt, wenn nicht eine Zeit gerügt, die darin liegt, daß man den Verurtheilten für die (von einer Seite) unverschuldete Haft (durch Abrechnung) läßt, wenn nicht eine den Freigesprochenen aber ohne Entschädigung dritter Personen hinzugetreten ist, positive Verschuldung des Richters oder schadlos Behaltung des Verurtheilten während doch alle Argumente, welche für Gewichte auf die Lage des Freigesprochenen, wenn möglich mit verstärktem wird die Inkongruenz hervor- sprochenen Anwendung finden." Andererseits unter Anwendung seiner obrig- gehoben, welche darin liegt, daß „der Staat aus dieser übergeordneten Stel- keitlichen Gewalt Uebel zufügt, daß er aber oder Vermögensrechtes sich zu- sofort in die Gleichstellung des Privat- des Verletzten handelt." ziehen dürfe, wenn es sich um Schadloshaltung

6) Es gehören hieher namentlich die l. 25 D. de poenis (48, 19): si diutino tempore aliquis in reatu fuerit, aliquatenus poena ejus sublevanda erit; sic enim constitutum est, non eo modo puniendos eos, qui longo tempore in reatu agunt, quam eos, qui in recenti sententiam accipiunt, — ferner die c. 23 Cod. de poenis (9, 47) — Vgl. über die verschiedene Auslegung, welche diese beiden und namentlich die letztere Stelle gefunden haben, Heinze a. a. O. S. 9 ff., wo namentlich auch der Nachweis geliefert ist, daß das von der gemeinen Meinung aufgestellte Erforderniß, die anzurechnende Untersuchungshaft müsse eine unverschuldete gewesen sein, in den römischen Quellen nicht begründet, sondern „von der bisherigen Auslegung völlig unmotivirt hineingetragen" worden ist.

7) Abegg im Neuen Archiv XIV S. 154 ff., Köstlin System S. 571, Berner Lehrb. S. 230, Geib Lehrb. II S. 102 f. — Vgl. jedoch Feuerbach, Lehrb. §. 99, Heffter Lehrb. §. 156 u. A., welche noch die ältere Auffassung vertreten.

Auffassung der langwierigen Untersuchungshaft als eines eigentlichen Strafmilderungsgrundes ziemlich allgemein als eine irrthümliche aufgegeben (denn die Untersuchungshaft steht mit dem begangenen Verbrechen selbst in keinerlei Verbindung, sie erscheint weder auf die subjektive noch auf die objektive Strafwürdigkeit des Verbrechens von Einfluß und kann deshalb dieselbe auch überall nicht vermindern), es ist dafür „der richtigere Gesichtspunkt einer vergütungsweisen Abrechnung der Haft von der Strafe zur Geltung gekommen," aber es hat gleichwohl auch die neuere Auffassung die von der älteren aus Mißverständniß aufgestellte Bedingung, daß die anzurechnende Untersuchungshaft eine unverschuldete gewesen sein müsse, beibehalten[8]). — Die neueren deutschen Strafgesetzgebungen stehen hier prinzipiell fast durchgehends[9]) auf dem Boden der gemeinrechtlichen Doktrin, d. h. sie gebieten oder (ausnahmsweise) gestatten wenigstens die Berücksichtigung der von dem Verurtheilten unverschuldet oder rechtswidrig erduldeten Untersuchungshaft im Strafurtheile; allein im Einzelnen weichen sie in der mannigfaltigsten Weise von einander ab[10]), theils hinsichtlich der Stellung der bezüglichen Vorschriften im Systeme des Gesetzbuches (ob nämlich, wie fast überall, unter den Milderungsgründen, oder wie z. B. im hessischen StGB. Art. 34 richtiger bei den allgemeinen Bestimmungen über Strafe und Strafberechnung oder Straftilgung), theils hinsichtlich der Voraussetzungen der

---

[8]) S. z. B. Geib l. c. „es handelt sich hier lediglich darum, das dem Verbrecher zugefügte unverschuldete Leiden (die Haftverlängerung ꝛc.) von den ihm zuzufügenden und durch das Verbrechen verschuldeten Leiden (der Strafe) zu subtrahiren bezw. bei der endlichen Feststellung des letzteren der wegen Zufügung des ersteren begründeten Entschädigungspflicht gerecht zu werden." — Aehnlich Berner l. c.: „langwieriges Untersuchungsgefängniß muß jedenfalls dann, wenn es unverschuldet war, bei der Festsetzung der Strafe Berücksichtigung finden und verdient dann weniger den Namen eines Milderungsgrundes, als den eines Momentes der einfachen Strafberechnung. Natürlich schließen Todes- und lebenslängliche Freiheitsstrafe eine solche Berücksichtigung aus."

[9]) Eine Ausnahme macht nach dem Vorgange des C. pénal das preuß. StGB. v. 1851, indem dasselbe über die Abrechnung der Untersuchungshaft völlig schweigt und folglich dem Richter die Berücksichtigung derselben nur bei der Strafzumessung innerhalb der gesetzlichen Strafgränzen gestattet, vgl. Goltdammer. Mater. z. pr. StGB. I S. 163 f.; Oppenhoff, pr. StGB. (3. Ausg.) zu §. 10 Nr. 2 und zu §. 14 Nr. 1, — s. auch Heinze l. c. S. 13.

[10]) Vgl. die desfallsige Uebersicht bei Köstlin a. a. O. S. 572 ff.

Art. 8 ... nung (ob blos unverschuldet verlängerte oder auch, wie nach den mei- Anre... B., eine unverschuldet angelegte Haft anzurechnen, ob blos die über ... wisses Minimum andauernde, oder aber ohne diese Beschränkung jede ... unverschuldete Haft zu berücksichtigen sei, ob diese Berücksichtigung der Un- ... ungshaft bei allen Strafen einschließlich der Todes- und lebensläng- ... Freiheitsstrafe oder, wie nach den meisten GB., nur bei zeitlich be- ... ten Freiheitsstrafen oder außer diesen auch noch bei Geldstrafen ein- ... habe), theils endlich auch hinsichtlich der Art und Weise der An- ... nung (ob im Urtheile zunächst die gesetzlich verwirkte Strafe, jedoch mit ... auf die Abrechnung bezüglichen Beisatze auszusprechen oder lediglich das ... at der Operation anzugeben sei, ob bei Erschöpfung des Minimums ... treffenden Strafgattung auf die nächst niedrigere herabzugehen oder, da ... lediglich um einen Abzug, nicht um eine eigentliche Strafmilderung ... bei der verwirkten Strafgattung stehen zu bleiben sei, ob die Unter- ... haft rein nach der Zeitdauer derselben abgerechnet oder ob bei schwe- ... Strafarten die Dauer der abzurechnenden Untersuchungshaft auf ... sprechendes geringeres Zeitmaß reduzirt werden solle?).

Was nun speziell unsere bayerische Legislation betrifft, so hatte schon der Strafcodex von 1751[11]) die langwierige unverschuldete Untersuchungs- haft als eine von den 20 „Ursachen, aus welchen die Ordinaristraf' gemil- dert werden kann,“ anerkannt. — Auch das bayer. StGB. von 1813 Art. 1... 4 f. hat das „langwierige Gefängniß“ unter den allgemein gesetz- lichen Strafmilderungsgründen aufgeführt und den Einfluß dessel- ben ... verschiedenen Gradationen genau gewürdigt: nach Art. 104 Abs. 1 soll die langwierige, ohne alles Verschulden des Inquisiten[12]) ...

---

11) Cod. Max. I, 1 §. 27: „Langwürige Gefängniß, welche über die Gebühr und ... des Inhaftirten eigenes Verschulden Jahr und Tag andauert, entschuldigt ... in atrocissimis von der härteren Todesstraf und dem Zusatz; in denen übri- gen Verbrechen aber von aller Leibes- und Lebensstraf; dahingegen die ... Obrigkeit, welche diesen schädlichen Saumsal zu Schulden bringt, nur desto ... fürsichtiger zu achten ist.“

12) Vgl. hiezu die off. Anm. I S. 245: „Die Gerechtigkeit fordert, auf diese längere Gefangenhaltung, womit Verlust der Freiheit und noch so manches Uebel verbunden ist, insoferne Rücksicht zu nehmen, als der Angeschuldigte daran nicht selbst etwa durch Läugnen Schuld trägt.“ Die Schuld ist hier augenscheinlich zunächst als prozessuale (Prozeßvergehen des Läugnens) auf- gefaßt: die verlängerte Haft soll hier nicht gegen die durch das Verbrechen ver- wirkte Strafe, sondern gegen die prozessualische Schuld aufgerechnet werden.

über ein halbes Jahr dauernde Haft die Dauer der sonst verwirkten Freiheitsstrafe um so viel mindern, als der unverschuldet erlittene Arrest beträgt, und soll, wenn Letzterer das Maß der verschuldeten gesetzlichen Strafe vollkommen erschöpft, der Arrest selbst zur Strafe angerechnet werden; Abs. 2 des Art. 104 schließt diese (angebliche) Strafmilderung aus bei der Verurtheilung zu lebenslänglicher Freiheitsstrafe; hingegen soll dieser Milderungsgrund nach Art. 105 bei Kapitalverbrechen den verschärfenden Zusatz und, wenn die Dauer des ungebührlich erlittenen Arrestes 2 Jahre oder mehr beträgt, die Todesstrafe selbst aufheben, welche sodann in Kettenstrafe oder nach Umständen in Zuchthaus auf unbestimmte Zeit zu verwandeln ist [13]).

Schon der Entw. von 1822 [14]), dessen bezügliche Vorschrift fast wörtlich (nur mit Weglassung der das dreimonatliche Minimum der Haftverlängerung betreffenden Beschränkung) auch in dem Entw. von 1827 Art. 84 und von 1831 Art. 111 reproduzirt wurde, betrachtet die langwierige Untersuchungshaft nicht mehr als einen Strafmilderungsgrund, sondern richtiger als ein im Strafurtheile zu berücksichtigendes Moment der Strafkompensation, wobei aber die Voraussetzungen dieser Berücksichtigung noch immer in sehr engherzigem Geiste bestimmt sind. — Wie in den ebengenannten Entwürfen, so findet sich auch im Entw. von 1851 Art. 95 und in der Hauptsache übereinstimmend im Entw. von $18^{53}/_{55}$ Art. 86 die Bestimmung über „Anrechnung der Untersuchungshaft auf die Strafe" in dem von „Zumessung der Strafen" handelnden Hauptstücke vorgetragen: nach Art. 86 des Entw. I soll nur die unverschuldet um mehr als einen Monat

---

[13]) Obwohl die Auffassung der unverschuldeten langwierigen Untersuchungshaft als eines Strafmilderungsgrundes konsequent auch zur Berücksichtigung derselben bei der Todesstrafe führt, so stand das bayer. StGB. von 1813 in diesem Punkte gleichwohl völlig isolirt; allen übrigen deutschen Strafgesetzen ist die Berücksichtigung unverschuldeter Haft gegenüber der Todes- (und der lebenslänglichen Freiheits-) Strafe fremd geblieben. S. Köstlin a. a. O. S. 573, Heinze l. c. S. 14.

[14]) Art 88: „Langwierige Haft ändert die nach dem Gesetze verwirkte Strafe nicht ab. Wenn aber die Haft ohne alles Verschulden des Angeklagten drei Monate über die nach rechtlicher Ordnung erforderliche Zeit verlängert wurde, so ist demselben bei zeitlich begränzten Freiheitsstrafen an der zuerkannten Strafzeit die ganze Dauer der unverschuldet erlittenen Haft abzurechnen. — Diese Abrechnung ändert weder die nach dem Gesetze verwirkte Strafgattung noch deren rechtliche Folgen."

längerte Haft Berücksichtigung finden, aber nicht blos bei zeitlich be-
ver ten Freiheits-, sondern auch (nach dem vorher schon bestimmten Um-
stim Jungsmaßstabe) bei Geldstrafen, jedoch bezüglich der Freiheitsstrafen
wan er ausdrücklich gemachten Unterscheidung, daß nur bei Gefängniß-
mit die ganze Dauer, hingegen bei (zeitlich begränzten) Zuchthausstra-
stra fen nur drei Viertheile der Dauer der unverschuldet erlittenen Unter-
suchungshaft an der erkannten Strafe zu Gute gerechnet werden sollen [15]).

Während Ref. II sich mit Art. 86 des Entw. I im Ganzen (vorbehaltlich der Hereinziehung der Uebertretungen und einer anderen Stellung des Art. im Systeme des StGB.) einverstanden erklärte, so kam es bei der Berathung im GGA. II [16]) zu einer lebhaften Discussion insbesondere über folgende Punkte: ob die in der Anwendung mit großen Schwierigkeiten verknüpfte Unterscheidung von verschuldeter und unverschuldeter Untersuchungshaft überhaupt festzuhalten oder (nach einem Antrag von Bayé) völlig aufzugeben und die Anrechnung der Untersuchungshaft in allen Fällen dem fakultativen Ermessen der erkennenden Gerichte anheimzugeben sei, — ob bei Festhaltung jener Unterscheidung blos (Völk) die unverschuldet längerte oder auch (nach einer Anregung von Völk) die unverschuldete eingetretene Untersuchungshaft berücksichtigt und wie die unverschuldete Haft überhaupt verstanden werden solle, — ob (nach Vorschlag von Edel) bei Verurtheilung wegen Uebertretungen jede, auch die verschuldete Haft und gleichviel von welcher Dauer auf die Strafe in Anrechnung zu bringen sei, — ob (nach einem Antrag desselben Mitgliedes) auch bei todeswürdigen Verbrechen eine unverschuldete Untersuchungshaft von 2 Jahren oder darüber und zwar (im Sinne des älteren StGB.) geradezu als gesetzlicher Strafmilderungsgrund zu berücksichtigen sei, — endlich ob (nach Antrag von Bewarth) auch bei Verurtheilung zu zeitlicher Zuchthausstrafe unter Umgang nahme von der im Entwurfe vorgeschlagenen Reduktion die unverschuldet erlittene Untersuchungshaft nach ihrer ganzen Dauer an der Strafzeit in Abrechnung gebracht werden solle?

Das Ergebniß dieser Berathung war, daß sämmtliche Modifikationen mit Ausnahme derjenigen von Bayé und eines von Völk beantragten

---

[15]) Nach den Mot. zu Art. 86 des Entw. I „rechtfertigt sich diese Unterscheidung durch die Natur der Sache, weil die Untersuchungshaft wohl mit der Gefängnißstrafe, keineswegs aber mit der schon in der Art ihres Vollzuges bei weitem härteren Zuchthausstrafe auf gleiche Stufe objektiver Intensivität gestellt werden kann."

[16]) Verh. II, 1 S. 230—233.

Zusatzes von lediglich interpretativem Charakter angenommen und hienach die Fassung des (damaligen) Art. 86 bezw. 82 festgestellt wurde [17]). — Der GGA. I trat dem Beschlusse des GGA. II mit der einzigen Abweichung bei, daß der auf Umwandlung der Todesstrafe bezügliche zweite Absatz des Art. auf Antrag des Ref. I als an sich ungerechtfertigt und praktisch werthlos gestrichen wurde [18]). — Bei der Umarbeitung des Entw. I trug die Staatsregierung den übereinstimmenden Beschlüssen des GGA. in vollem Umfange Rechnung: der Art. 82 des Entw. II entspricht, abgesehen von einer (allerdings auch materiell belangreichen) Redaktionsänderung im Eingange des Art., durchaus der zwischen den GGA. früher vereinbarten Fassung desselben. Nachdem gegen Inhalt und Form des vorgeschlagenen Art. ein weiterer Anstand nicht erhoben, sondern nur noch ein Einverständniß mit der Staatsregierung über die Tragweite des Art. nach zwei Beziehungen konstatirt worden war [19]), wurde derselbe in der Fassung des Entw. II von beiden GGA. angenommen und (wegen des unmittelbar vorher neu eingestellten Art. 82) als Art. 83 dem Gesetzbuche einverleibt.

Gegen die dem Art. im Entw. II und ebenso im StGB. selbst angewiesene Stellung am Schlusse des von den „Gründen, welche die Strafbarkeit ausschließen oder mildern" handelnden sechsten Hauptstückes lassen sich vom Standpunkte einer richtigen Systematik gegründete Einwendungen erheben; da es sich hier überall nicht um eine Strafmilderung, sondern um eine Anrechnung der erdulbeten Untersuchungshaft auf die gesetzlich verwirkte Strafe handelt, welch' letztere im Urtheil vollständig ausgesprochen, aber als ganz oder theilweise getilgt erklärt wird, so hätte der Art. seine Stelle wohl richtiger im achten Hauptstücke bei den „Gründen, welche (die

---

[17]) Der Art. 82 in der Fassung des GGA. II, 1 lautete: „Eine ohne Verschulden des Angeklagten eingetretene oder um mehr als einen Monat verlängerte Untersuchungshaft ist bei zeitlicher Zuchthaus-, bei Gefängniß- und Geldstrafen in der Art zu berücksichtigen, daß zwar im Erkenntnisse die verwirkte ordentliche Strafe ausgesprochen, hievon aber soviel, als die Dauer der unverschuldet erlittenen Haft beträgt, für bereits getilgt erklärt wird, wobei bezüglich der Geldstrafen der im Art. 25 festgesetzte Maßstab in Anwendung kommt. — Beträgt die Dauer der unverschuldet erlittenen Untersuchungshaft zwei Jahre oder darüber, so ist statt verwirkter Todesstrafe auf lebenslängliches Zuchthaus zu erkennen. — Bei Uebertretungen ist jede erlittene Untersuchungshaft in Anrechnung zu bringen."

[18]) Ref. I, 1 S. 154 f.; Verh. I, 1 S. 296 ff.

[19]) Ref. II, 2 S. 139; Verh. II, 2 S. 15.

Strafverfolgung oder) den Strafvollzug ausschließen," gefunden. Es kann jedoch „ein Irrthum bei der klaren und bestimmten Fassung des Art. dadurch, daß er an dieser Stelle steht, nicht entstehen" [20]).

§. 2.

Zu Abs. 1 des Art. 83 — Anrechnung der in Verbrechens- und Vergehenssachen erduldeten Untersuchungshaft auf die verwirkte Strafe.

Es sind hier folgende drei Fragen [21]) zu erörtern: welche Haft ist auf die verwirkte Strafe in Anrechnung zu bringen? bei welchen Straffällen findet eine solche Anrechnung Statt? in welcher Weise hat die Anrechnung zu geschehen?

I. **Welche Haft ist in Verbrechens- und Vergehenssachen** [22]) **auf die verwirkte Strafe in Anrechnung zu bringen?**

Diese Frage beantwortet sich nach dem Wortlaute des Art. 83 Abs. 1 dahin: nur eine Untersuchungshaft, welche der Angeschuldigte ohne eigenes Verschulden erduldet und welche überdieß länger als einen Monat gedauert hat.

Jedes dieser 3 Momente, insbesondere aber das zweite, bedarf einer näheren Besprechung.

1) Indem der Art. 83 nur von „Anrechnung der Untersuchungshaft" spricht, versagt er klärlich eine gleiche Berücksichtigung sonstigen prozessualen Eingriffen in die Rechtssphäre des Beschuldigten, welche nicht den Charakter einer Freiheitsberaubung haben (wie z. B. Haussuchung und Beschlagnahme), oder welche dem (verhafteten oder nichtverhafteten) Beschuldigten in unerlaubter Weise anderweitig Uebel zufügen. Der Grund ist, daß unter den erlaubten prozessualischen Eingriffen die Haft der intensivste und praktisch weitaus bedeutendste, und daß es bezüglich der übrigen erlaubten sowie bezüglich unerlaubter Zwangsmittel (wenn solche ja einmal in Anwendung gebracht worden wären), den Gerichten unbenommen ist, hierauf bei der Strafzumessung die geeignete Rücksicht

---

20) Weis, Komm. I S. 240. — Vgl. auch Hocheder S. 405, Stenglein I S. 574.

21) Vgl. Rosenkranz a. a. O. S. 242 ff.

22) Ueber die Anrechnung der Untersuchungshaft in Uebertretungssachen gibt der Art. 83 in Abs. 2 besondere Vorschriften, mit deren Erörterung sich der §. 3 dieser Erläuterungen beschäftigen wird.

zu nehmen. Es bleibt aber immerhin noch zu untersuchen: einerseits ob hier unter „Untersuchungshaft" schlechthin jede prozessualische Haft des Beschuldigten zu verstehen sei, andererseits ob gemäß dem Wortlaute des Art. blos eine erdulde Prozeßhaft, ob nicht auch unter Umständen eine erlittene Strafhaft als zur Anrechnung geeignet erscheine?

a) Untersuchungshaft im weiteren Sinne des Wortes ist jede Freiheitsentziehung, welche nicht zum Vollzuge eines rechtskräftigen Strafurtheiles, sondern als Zwangs- oder Sicherungsmaßregel am Beginne oder im Laufe des Strafverfahrens oder selbst noch nach erfolgter Verurtheilung, jedoch vor Eintritt der Rechtskraft des Urtheiles, stattfindet. Indem nun der Art. 83 unter gegebenen Voraussetzungen die Anrechnung der Untersuchungshaft im Strafurtheile selbst vorschreibt, so hat er offenbar nur die der Verurtheilung vorausgegangene d. h. vor und bis zur Fällung des Straferkenntnisses erduldete Untersuchungshaft im Auge, da nur diese von dem aburtheilenden Gerichte in die erst zu erkennende Strafe eingerechnet werden kann. Die Frage, ob und inwieferne eine der Verurtheilung nachgängig, aber nicht im eigentlichen Strafort erlittene Haft in die schon erkannte (Freiheits-) Strafe einzurechnen sei, ist nicht von dem aburtheilenden Gerichte und nicht nach Art. 83, sondern von dem mit der Vollziehung des Strafurtheiles befaßten Gerichte nach Maßgabe der in Art. 23 des StGB. (s. oben S. 135 ff.) gegebenen Direktiven zu entscheiden[23]).

---

[23]) S. Rosenkranz a. a. O. S. 242, 281, und speziell über die Einrechnung unverschuldet erlittener Haft in eine schon erkannte Strafe ebendas. S. 406–437. — Das oben Bemerkte gilt insbesondere auch in dem Falle, wenn ein (zu Freiheitsstrafe) verurtheilendes Erkenntniß vom Staatsanwalt mittels Berufung oder Nichtigkeitsbeschwerde angefochten, das ergriffene Rechtsmittel aber verworfen worden ist: hier ist für die Anrechnung der durch das unstatthafte oder unbegründete Rechtsmittel herbeigeführten Haftverlängerung nicht der Art. 83, sondern Art. 23 Abs. 2 maßgebend, welch' letzterer für den Verurtheilten insofern vortheilhafter ist, als ihm die eingetretene Haftverlängerung ipsa lege (ohne daß es eines besonderen richterlichen Ausspruches hierüber bedürfte) und ohne Rücksicht auf ihre Dauer (auch wenn dieselbe einen Monat nicht übersteigt) in die Strafzeit eingerechnet werden muß, ebendas. S. 410. Anders hingegen, wenn das vom Staatsanwalt mittels einer nachträglich verworfenen Berufung angefochtene Erkenntniß der ersten Instanz den mittlerweile im Verhaft gebliebenen Beschuldigten zu einer (Vergehens-) Geldstrafe verurtheilt hatte: hier ist für die Anrechnung der Haftverlängerung nicht die besondere Vorschrift des Art. 23 Abs. 2 maßgebend, welche eine ergangene Verurtheilung zu Frei-

Was nun aber die vor der Fällung des Strafurtheiles erduldete Untersuchungshaft betrifft, so frägt es sich weiter, ob dieselbe gerade wegen derjenigen That, bezüglich deren die Verurtheilung ergieng, stattgefunden haben müsse, oder ob auch eine wegen eines anderen, konkurrirenden Reates (unverschuldet) erlittene Prozeßhaft zur Anrechnung auf eine zu erkennende Strafe sich eigne? Die Ansichten gehen hier auseinander. In einem oberrichterlichen Erkenntnisse vom 26. Juni 1863 [21]) ist der Grundsatz ausgesprochen, daß „von einer Anwendung des Art. 83 (der Anrechnung der Untersuchungshaft auf die Strafe) überhaupt nur gesprochen werden kann, wenn die Strafe, an welcher der Abzug gemacht wird, auch dieselbe That betrifft, wegen welcher die Haft erlitten war" — also nicht auch dann, wenn die Haft wegen einer anderen That angelegt worden war, als wegen welcher nachher Verurtheilung erfolgt, mögen auch beide Sachen Gegenstand einer gemeinschaftlichen Verhandlung und Aburtheilung gewesen sein. — Im Gegenhalte hiezu ist die Ansicht aufgestellt worden, daß es für die Anrechnung einer erlittenen Haft als Strafe gleichgültig sei, ob sie der Verurtheilte wegen der nemlichen That erduldet habe, wofür er verurtheilt wurde, oder wegen einer anderen That, daß es auch nicht darauf ankomme, ob die (unverschuldete) Haft „in der nämlichen Untersuchung) erstanden oder von dem Angeklagten erduldet wurde, daß es vielmehr genüge, wenn der Angeklagte die Haft (gleichviel wegen welchen Reates) nach Begehung der That, deren er schuldig befunden wurde, und noch vor der Fällung des Strafurtheiles über diese That erlitten hat.

Eine unbefangene Prüfung wird ergeben, daß keiner der beiden sich gegenüberstehenden Ansichten unbedingt beigepflichtet werden kann. Zwar steht außer Zweifel (und hierin stimmen auch beide Ansichten miteinander überein), daß von einer Anrechnung unverschuldet erduldeter Haft als Strafe

heitsstrafe voraussetzt, sondern die zweite Instanz hat hierüber nach Maßgabe des Art. 83 Abs. 1 förmliche Entscheidung zu treffen. Hocheder, Komm. S. 410. Vgl. jedoch auch unten Note 88.

21) Ztschr. f. G. u. R. X S. 676 ff. (hier wird auch wiederholt die höchst problematische Ansicht vertreten, daß eine Schlägerei und eine dabei begangene Körperverletzung nicht eine einzige, identische That bilden). — Vgl. auch noch OAGE. v. 25. April 1863 ebenda X S. 438 ff. und OAGE. vom 24. Dezember 1863 in der Zeitschr. f. Ger.-Pr. III S. 77.

22) Rosenkranz a. a. O. S. 276 ff.

dann keine Rede sein kann, wenn der Angeschuldigte dieselbe schon vor der Verübung derjenigen That erlitten hat, für welche er jetzt zu bestrafen ist [20]). Hat jedoch der Beschuldigte die (unverschuldete) Haft zwar wegen eines anderen anfänglich indizirten Reates, aber nach Verübung der zu seiner Verurtheilung führenden That erlitten, so wird es unseres Erachtens darauf ankommen, ob die in Frage stehenden mehreren Reate in derselben Untersuchung vereinigt oder doch der gleichzeitigen Beurtheilung desselben Gerichtes unterstellt worden sind (was so weit immer möglich zu geschehen hat) oder nicht. Im ersteren Falle darf, wenn zwar wegen desjenigen Reates, welcher allein die Verhaftung veranlaßt hat, eine Verurtheilung nicht, sondern eine solche nur bezüglich des konkurrirenden leichteeen Reates erfolgt, die Anrechnung der wegen des ersteren schuldlos erlittenen Haft auf die wegen des letzteren verwirkte Strafe nicht versagt werden: denn einerseits entspricht es der in Art. 83 sanktionirten Forderung der Gerechtigkeit und Billigkeit, daß dem Verurtheilten für die unverschuldet erduldete Haft, so weit der Staat (in der von Jenem zu erstehenden Strafe) ein Entschädigungsobjekt besitzt, Vergütung gewährt werde, andererseits befindet sich hier das mit der Aburtheilung befaßte Gericht vollkommen in der Lage, das Vorhandensein der Voraussetzungen zu prüfen, an welche das Gesetz überhaupt die Anrechnung einer Untersuchungshaft als Strafe geknüpft hat [21]). — Im letzteren Falle hingegen, wenn die meh-

---

[20]) Denn wollte man einem schuldlos Verhafteten einen derartigen Kompensationsanspruch auch in Bezug auf erst später verübte Delikte einräumen, so erhielte derselbe (wie Rosenkranz S. 281 treffend bemerkt) „gewissermaßen einen Freibrief zur Begehung jeder beliebigen strafbaren Handlung, deren Strafe nicht die von ihm bereits erduldete Haft übersteigt.“ Selbst wenn bee Staat für jede Untersuchungshaft Entschädigung zu gewähren hätte, so würde daeaus noch keineswegs folgen, daß derjenige, welcher frühee einmal in Untersuchungshaft gewesen, die Anrechnung derselben auf die für ein später verübtes Delikt verwirkte Strafe fordern dürfe.

[21]) Die gegentheilige in dem oben angefübeten oberstr. Erk. ausgesprochene Ansicht führt in der That, wie schon Rosenkeanz S. 277 gezeigt hat, in ihrer praktischen Konsequenz zu kaum zuläßigen Ergebnissen. Es würde hienach z. B. deejenige, welcher wegen Verdachtes eines Diebstahlverbrechens in Untersuchungshaft genommen, und welcher zwar dieser That, aber nur in dem eine Untersuchungshaft nicht rechtfertigenden Vergehensgrade für schuldig befunden wurde, die Anrechnung der unverschuldet erduldeten Haft auf die gegen ihn zu verhängende Strafe zu fordern berechtigt sein, — hingegen würde derjenige, welcher gleichzeitig unter der Anschuldigung eines Verbrechens und eines Vergehens stand, welcher aber nur wegen des ersteren ver-

re[illegible]ren Reate nicht in prozessualischer Verbindung stehen, sondern ihre selbst-
st[illegible]ndige successive Erledigung (vielleicht noch bei verschiedenen Gerichten)
fin[illegible]den, kann von einer über die Gränzen der gewöhnlichen Strafzumessung
hin[illegible]ausgehenden Berücksichtigung der wegen des einen Reates (bezüglich
de[illegible]en eine Verurtheilung nicht erging) erduldeten Unter[illegible]ungshaft bei der
Be[illegible]urtheilung wegen des anderen Reates nicht wohl di[illegible] Rede sein: denn
we[illegible] hier auch vom prinzipiellen Gerechtigkeitsstandpunkt [illegible] der Anrech-
nu[illegible]g der Haft auf die für den zweiten Reat verwirkte [illegible] kein Hinder-
ni[illegible] entgegensteht, dieselbe sogar von hier aus gefordert [illegible] müßte, so
sch[illegible]t doch dem lediglich mit der zweiten Strafsache befa[illegible] im Gerichte die
M[illegible]glichkeit, bezüglich der in der früheren, bereits erledigten [illegible] Strafsache statt-
geh[illegible]abten Untersuchungshaft das Vorhandensein derjenigen [illegible] Voraussetz-
un[illegible]en (insbesondere ob die Haft eine wirklich unverschuld[illegible], ob sie nicht
viel[illegible]mehr durch eigene Schuld des Verhafteten veranlaßt [illegible] über einen
Mo[illegible]nat hinaus verlängert war) zu prüfen und zu konstati[illegible]
Art. 83 die Anrechnung der Haft abhängig macht [28]).

haftet wurde und werden durfte, im Falle seiner Freisprechung [illegible] wegen Ver-
brechens und Verurtheilung wegen Vergehens die Anrechnung der (wie wir
hier voraussetzen) gänzlich unverschuldet erlittenen Haft [illegible] die Strafe nicht
zu fordern berechtigt sein. Hiemit ..., würde die Anwendbarkeit des Art. 83
lediglich auf den Fall beschränkt, wenn der Verdacht, wenigstens einigermaßen
geklagte verhaftet wurde, durch das Endurtheil [illegible] bis der An-
(für eine niedrigere Qualifikation [illegible] derselben That) [illegible] sich jener
bet, für den noch wichtigeren Fall dagegen ausgeschlossen [illegible] Bethätigung ftm.
Verdacht durch das Endurtheil als ein gänzlich [illegible] bloßer wenn sich jener
zugleich aber erwiesen ist, daß der Angeklagte sich einer [illegible] anderen minder straf-
baren That schuldig machte, welche für sich allein die Haft nicht zur Folge
gehabt hätte" (Rosenkranz a. a. O.).

[28]) Rosenkranz S. 278 f. [illegible] vorgebrachten Argumente dürften kaum
Die von Rosenkranz S. 278 f. vorgebrachten Argumente dürften diese
Ansicht zu widerlegen und seine weitergehende Meinung zu begründen kaum
geeignet sein. Zwar ist richtig, daß es vielfach vom Zufalle (insbesondere
von der früheren oder späteren Entdeckung [illegible] und [illegible] der Verfolgung des
zweiten Reates) abhängt, ob die mehreren konkurrirenden Reate gleichzeitig
und von demselben Gerichte untersucht [illegible] und abgeurtheilt werden, oder ob sie
zur gesonderten, successiven Verhandlung und gerichtlichen Entscheidung gelangen; allein
so sehr es bedauert werden mag, daß [illegible] durch derartige „Zufälle" der an sich
begründete Anspruch des Beschuldigten auf Abrechnung der in der früheren
Strafsache erlittenen Haft hinfällig werden kann (was übrigens wesentlich
damit zusammenhängt, daß der Gesetzgeber nicht jede, sondern nur die un-

b) Wie oben erörtert wurde, so hat der Art. 83 zunächst nur die vor und bis zur Fällung des Strafurtheiles erduldete Untersuchungshaft im Auge, — die Bestimmungen über Einrechnung der nachher noch im Untersuchungsgefängnisse (oder wenigstens nicht im eigentlichen Straforte) erlittene Haft in die Strafe sind in Art. 23 des StGB. gegeben, — von der Anrechnung einer unverschuldet erduldeten Strafhaft ist (ausdrücklich wenigstens) weder in den beiden ebengenannten Art., noch sonst im Gesetze die Rede. Es kann nun aber in der That, wenn auch selten genug, vorkommen, daß ein rechtskräftiges und bereits ganz oder theilweise vollzogenes Strafurtheil durch ein auf erhobene Revision (Wiederaufnahme des Strafverfahrens) ergangenes Erkenntniß vernichtet, und hiemit die in Folge des früheren Erkenntnisses erlittene Strafhaft als unverschuldet erduldet angezeigt wird. Wenn nun das wiederaufgenommene Verfahren zu einer abermaligen Verurtheilung des Beschuldigten sei es wegen desselben oder auch wegen eines anderen Reates führt, so kann es (ungeachtet des Stillschweigens des Gesetzes) keinem Zweifel unterliegen, daß in dem neuen Urtheile die bereits erstandene Strafhaft als Strafe anzurechnen ist: denn dieselben Gründe, welche die Anrechnung einer unverschuldet erlittenen Untersuchungshaft rechtfertigen, bestehen und sogar in erhöhtem Maße für die Anrechnung einer in Folge eines vernichteten Urtheiles verbüßten Strafhaft, die analoge Anwendung des Art. 83 und bezw. des Art. 86 Abs. 2 ist hier durch die Natur der Sache gefordert [29]). Wir werden übrigens bei unserer folgenden Erörterung nur die dem Gesetzgeber allein vorschwebende Untersuchungshaft und ihre Anrechnung auf die zu erkennende Strafe im Auge behalten. —

---

verschuldete, einen Monat übersteigende Untersuchungshaft zur Anrechnung geeignet erklärt hat), so lassen sich doch auch sonst in der Strafrechtspflege (z. B. bei Versuch, Verjährung rc.) die bisweilen sehr eingreifenden Wirkungen des Zufalles nicht in Abrede stellen. Der Behauptung aber, daß dem aburtheilenden Gerichte in der späteren Strafsache die Möglichkeit, die Verschuldung oder Nichtverschuldung der in der früheren Strafsache stattgehabten Haft zu würdigen, „gewiß eben so gut gegeben sei, wie dem mit der ersten Strafsache befaßten Gerichte", muß geradezu widersprochen werden; denn insofern diese Würdigung, zumal nach der von Rosenkranz aufgestellten Theorie, nicht blos das schließliche Ergebniß, sondern den gesammten Verlauf und Fortgang der früheren Untersuchung in's Auge zu fassen hat, kann hiezu nur das mit dieser Sache selbst befaßte Gericht als geeignet und berufen erscheinen.

[29]) Vgl. die nähere Ausführung und Begründung bei Rosenkranz a. a. O. S. 244 ff.

2) Nach der positiven Vorschrift des Art. 83 Abs. 1 (im Uebereinstimmung mit der gemeinen Meinung) ist bei Verbrechen und Vergehen nicht jede, sondern nur die vom Beschuldigten ohne eigenes Verschulden erduldete Untersuchungshaft zur Anrechnung auf die Strafe geeignet; eine verschuldete langwierige Untersuchungshaft mag vom Richter bei der Strafzumessung [illegible] berücksichtigt, sie kann aber nicht zur Kompensation [illegible] sie bleibt jedenfalls dann ganz außer Berücksichtigung, wenn [illegible] schon aus anderen Gründen zur Anwendung des Minimums der Strafe veranlaßt war.

Was nun aber den Gegensatz von unverschuldeter und verschuldeter Haft betrifft, so wurde, wie schon oben S. [illegible] bereits in den Verh. d. GGA. II, 1 nicht blos auf die [illegible] gewiesen, welche diese Unterscheidung für die Rechtsanwendung [illegible] auch geradezu der Gedanke angeregt, leider aber nicht [illegible] den an sich schon problematischen Unterschied aufzugeben, [illegible] Untersuchungshaft in Anrechnung zu bringen [30]. In der That [illegible] dieser Unterscheidung den erheblichsten Bedenken sowohl [illegible] lich [illegible] Seite als wegen der mit der Beweisfrage [illegible] Schwierigkeiten [31].

[30]) S. Verh. d. GGA. II, 1 S. 230 ff. und insbes. von Weis: „im Uebrigen möge allerdings zu erwägen sein [illegible] schen verschuldeter und nicht verschuldeter Haft [illegible] betrachte man die Untersuchungshaft näher, so finde man, daß [illegible] dem Verbrecher ein weiteres Uebel außer der im [illegible] zugefügt werde ... hienach sei der Gedanke, jede Untersuchungshaft [illegible] rechnung zu bringen, nicht so ganz ohne Berechtigung [illegible] dings RR. Dollmann, ebendas. S. 231: man dürfe [illegible] den Unterschied zwischen verschuldeter und unverschuldeter Untersuchungshaft nicht aufgeben, .. der Beschuldigte habe keinen rechtlichen Anspruch darauf, daß ihm jene Zeit, während welcher er in Gewißheit des regelmäßigen Proceßganges seiner Freiheit vor der Verurtheilung beraubt war, an der Strafe abgerechnet werde; wer ein Verbrechen begehe, müsse sich das Leiden der Untersuchung und was sich als nothwendiges Mittel der letzteren darstelle, gerade so gefallen lassen, als die Strafe [illegible] Es sei allerdings zuzugeben, daß unter Umständen die Ermittelung schwierig sein könne, ob die Untersuchungshaft in ihrer Erstreckung über einen bestimmten Zeitraum als verschuldet oder unverschuldet anzusehen sei; das sei eine reine quaestio facti und der Richter werde sich hier im Zweifel zu Gunsten des Beurtheilten entscheiden.“

[31]) S. die nähere Begründung bei Hein [illegible] a. a. O. E. 21 ff. [illegible] macht [illegible]

Gleichwohl hat unser Gesetzgeber diese Unterscheidung wenigstens in Abs. 1 des Art. 83 (bei Verbrechen und Vergehen) adoptirt, hiemit zugleich

---

hier zunächst und mit Recht darauf aufmerksam, daß nach streng juristischer Auffassung bei dem nach der herrschenden Meinung für die Frage der Haftanrechnung entscheidenden Gegensatze von unverschuldeter und verschuldeter Untersuchungshaft nur von einer prozessualen Schuld die Rede sein dürfte, da die kriminelle Schuld schlechthin durch die gesetzliche Strafe, nicht noch überdies durch eine auf Opportunitätsrücksichten beruhende, vielfach durch rein äußere Momente bestimmte Prozeßhaft zu beahnden ist. Was aber jene prozessualische Schuld betrifft, die hier gleichsam durch die nun von der Kompensation ausgeschlossene Prozeßhaft gesühnt werden soll, so stößt schon die rechtliche Konstruktion und Begränzung derselben auf die größten Schwierigkeiten: wenn man nämlich, wie man an sich müßte, zur Existenz eines solchen Prozeßvergehens dolus oder mindestens culpa des Beschuldigten fordert, läßt es sich dann schon als prozessualischer Dolus betrachten, wenn der Beschuldigte z. B. anstatt offenen Geständnisses Unschuldsbetheuerungen oder sonstige unwahre Angaben macht, und ist es eine die Nichtanrechnung der Haft rechtfertigende culpa, wenn der Beschuldigte in gutem Glauben die mit Verzögerung verknüpfte Erhebung irrelevanter oder auch relevanter Beweise veranlaßt, oder wenn er ungerechtfertigte Rechtsmittel eingewendet hat u. dgl.? Hiezu kommen noch die Schwierigkeiten des Beweises einer derartigen prozessualischen Schuld des Angeklagten: soll die Entscheidung hierüber und folglich über Anrechnung oder Nichtanrechnung der erduldeten Haft auf das zu verbüßende Strafübel nicht nach einem ganz beiläufigen diskretionären richterlichen Ermessen stattfinden, so ist „häufig über diesen Inzidentpunkt eine besondere Untersuchung zu führen, deren Ausgang nicht selten ein non liquet bleiben wird." Allein noch mehr! Abgesehen von den Fällen, wo die Haft nicht, wie in der Regel, als bloße Vorsichts-, sondern wo sie geradezu als direkte Zwangsmaßregel (gegen flüchtige oder ungehorsame Beschuldigte) angewendet wird oder wo der Angeschuldigte selbst die Haft gewollt und als Ziel seines Handelns sich vorgesteckt hat (z. B. durch falsche Selbstanklage), läßt sich behaupten, „daß selbst zwischen der nachweisbaren prozessualischen Schuld des Bezüchtigten und seiner Haft ein Verhältniß nicht stattfindet, das die Aufrechnung dieser Haft gegen jene (prozessualische) Schuld zu rechtfertigen vermöchte." Reorum est fugere. Die Zwecke, welche der Staat bei Anlegung der Haft als Sicherungsmaßregel verfolgt, „bedingen zwar die Verfügung der Haft, keineswegs aber die Nichtentschädigung. Flucht und Kollusionen werden gleichmäßig verhütet durch eine Haft mit oder ohne Aussicht auf Vergütung ... Der Angeschuldigte, der lügt und auf freiem Fuße bleibt, wird für seine Lüge nicht gestraft; über die Strafe entscheidet der für die Strafwürdigkeit völlig indifferente Umstand, ob die Lüge oder ob die sonstige Sachlage die Haft rathsam macht" ꝛc.

unverſchuldeten Haft nicht näher beſtimmt hat,

aber, da er den Begriff der unverſchuldeten Haft nicht näher beſtimmt hat, ... Die

dem Samen üppig emporgeſchoſſener Zweifel und Kontroverſen gelegt. Die ... des Verſchulden ... die zu verbüßende

Frage, welche Unterſuchungshaft als eine ohne eigenes Verſchulden ... oder vielmehr ge...

des Angeklagten erduldete zu betrachten und darum auf ... wenigſtens keinem

Strafe anzurechnen ſei, iſt in unſerer Gerichtspraxis trotz ... iſt die bedeckte

rade erſt recht in Folge zahlreich ergangener, keinem oder ... Löſung dürfte

haltbaren Prinzipe huldigender oberſtrichterlicher Erkenntniſſe ... bei aller Ver...

und beſtrittenſte unſeres bayeriſchen Strafrechtes und i... werden ſein.

auch durch die neuerliche Abhandlung von Roſenkranz ... betheiligende Be...

die ... ſtlichkeit [32]) derſelben ſchwerlich zum Abſchluſſe gebracht ... aber freilich das

Ob auf der gegebenen geſetzlichen Grundlage eine völlig ... ſtrittliche Auf...

und ... überhaupt erreichbar ſei, muß nach dem vorhin Bemerkten ... haft behauptet

hingeſtellt bleiben; dieſes darf aber nicht hindern, offenbar

faſſungen, welche ſich geltend gemacht und bislang ihre Ver...

haben, zu bekämpfen und einen neuen Verſuch thunlichſter ...

eben ſo wichtigen als ſchwierigen Materie zu unternehmen.

Zweifellos und außer Frage iſt nur, einmal daß ... un...

ſchuldet erlittenen Unterſuchungshaft", nicht blos (wie nach ...

Art. im Entw. I) die ohne Verſchulden des Angeklagten ... die

einen ... Monat) verlängerte, ſondern eben ſo auch ... iſt as

des Angeklagten eingetretene Haft zu verſtehen iſt ... lediglich das

daß Für den Begriff des „unverſchuldet" ... Erſtreckung

entſcheidend iſt, daß die Anlegung oder ... zu imputiren

eigenen Verſchulden des Angeklagten ... erſcheint, ... der ... iſt.

Vorausſetzung es dann als völlig gleichgültig erſcheint ... bei ...

Beziehung dem Richter, Staatsanwalt oder dritten Perſonen (z. B. Mit...

... der unver... der Faſſung des ... (um nicht als ... ohne Verſchulden ... zum Anderen, ... active Moment ... iſt nicht dem ... unter welcher ... in der fraglichen

[32]) Dieſes Verdienſt beſteht hauptſächlich in der ſorgfältigen Unterſcheidung der nur zu häufig konfundirten Gegenſätze einerſeits von (robus als elautibus) gerechtfertigter und ungerechtfertigter, andererſeits von verſchuldeter und unverſchuldeter Unterſuchungshaft. So ſehr auch Roſenkranz darin bei zuſtimmen iſt, daß nicht jede (urſprünglich) gerechtfertigte Haft auch eine ver... ſchuldet erlittene, und daß umgekehrt nicht jede unverſchuldet erduldete Haft darum auch eine (vom Standpunkte des Haftgerichtes) ungerechtfertigte ſei, ſo laſſen ſich doch gegen die nähere Ausführung ſeiner einſchlägigen Begriffs beſtimmungen hie und da Bedenken erheben, und muß vollends der bezüglich des „Nachweiſes der unverſchuldet erlittenen Haft" von ihm vertretene Standpunkt prinzipiell bekämpft werden.

[33]) Verh. II, 1 S. 232 f.; Ref. II, 2 S. 39 und Verh. II, 2 S. 16. — Vgl. auch Weis, Comment. I S. 237.

beschuldigten, böswilligen Denunzianten 2c.) ein Verschulden zur Last fällt, oder ob überhaupt Niemandem der Vorwurf eines Verschuldens in dieser Hinsicht gemacht werden kann: es kann also eine Haft vom Standpunkte des sie anordnenden bezw. weiter erstreckenden Gerichtes nach Lage der obwaltenden Umstände völlig gerechtfertigt, d. h. mit den gesetzlichen Bestimmungen in Einklang, aber gleichwohl für den Angeklagten eine unverschuldete sein, weil nicht sein eigenes Verschulden, sondern entweder das Verschulden dritter Personen oder ein Zusammentreffen zufälliger Umstände, wofür im Hinblicke auf die Beschränktheit menschlicher Intelligenz und die Mangelhaftigkeit menschlicher Einrichtungen Niemand verantwortlich gemacht werden kann, die Anlegung bezw. längere Fortdauer der Haft verursacht hat[34]). Wir werden auf diesen Punkt im Verlaufe unserer Erörterung noch näher zurückkommen. Vorher aber und in erster Linie ist die allgemeinere Frage nach dem Sinne der Worte des Art. 83 „ohne eigenes Verschulden" zu beantworten, ob nämlich dieselben lediglich auf ein prozessuales Verschulden des Angeklagten zu beziehen seien oder ob durch dieselben auch das Nichtvorhandensein eines die Haft rechtfertigenden kriminellen Verschuldens zu einer Bedingung der Haftanrechnung gemacht werde? Selbstverständlich gelangt man zu ganz verschiedenen Ergebnissen, je nachdem man das „Verschulden" des Angeklagten in jenem engeren oder in diesem weiteren Sinne versteht: nach der ersteren Auslegung müßte ohne Rücksicht auf die kriminelle Schuld jede (mehr als einmonatliche) Untersuchungshaft auf die zu verbüßende Strafe angerechnet werden, deren Anlegung oder längere Erstreckung nicht durch ein Prozeßvergehen des Angeschuldigten veranlaßt worden ist, es müßte also z. B. dem nach Art. 38 oder 39 des Einf.-Ges. in Haft Genommenen auch im Falle seiner Verurtheilung wegen des bei der Verhaftung gegen ihn beanzeigten Verbre-

[34]) Vgl. außer den in der vorigen Note angef. Verh. d. GSA. II, 1 und 2 auch Hocheder S. 405, Weis I S. 238, Gotthelf in der Zeitschr. f. Ger.-pr. IV S. 100 und ganz besonders Rosenkranz l. c. S. 226 f. und S. 236 f.: „hat der Beschuldigte die Haft auf keine Weise, weder ganz noch theilweise, durch rechtswidriges Handeln oder Unterlassen nothwendig gemacht, so ist sie eine von ihm unverschuldet erlittene, gleichviel ob den Gerichten oder dritten Personen deshalb ein Verschulden zu Last fällt oder nicht" — s. auch noch ebendas. S. 248 ff. — Allerdings finden sich in mehreren, der jüngsten Zeit angehörigen oberstr. Erk. (vom 22. Juli und 2. Sept 1864, vom 18. Febr. 1865 2c.) Aussprüche, wonach jede vom Standpunkte des Gerichtes gesetzlich gerechtfertigte Untersuchungshaft ohne Weiteres auch als eine vom Angeklagten verschuldete zu betrachten wäre.

ch[illegible]ns, abgesehen von einer inmitten liegenden prozessualen Schuld, die (e[illegible]nen Monat übersteigende) Untersuchungshaft in die Strafe eingerechnet we[illegible]rden, — während nach der letzteren Auslegung nicht blos ein erwiesenes pr[illegible]ozessuales Verschulden des Angeklagten, sondern [illegible] mi[illegible]elle Verurtheilung desselben wegen des ihm zur [illegible] der erduldeten Untersuchungshaft, soferne sie überhaupt gel[illegible] und nicht länger als für den Untersuchungszweck nothwen[illegible] dem Charakter eines von dem Angeklagten (durch Begehu[illegible] Th[illegible]t) selbstverschuldeten, vor und neben der Strafe z[illegible] bar[illegible]m zur Einrechnung in die letztere nicht verwendbar heft[illegible]t.

Daß die erstere Auslegung der Eingangsworte des [illegible] mö[illegible]lich ist, kann im Hinblicke auf die Fassung derselben sch[illegible] wer[illegible]den, — daß sie auch vom Standpunkte der juristischen Vor[illegible]zug verdienen würde, ist vorhin bereits (Note 31) den [illegible]s), — daß sie endlich auch die Lösung der vorwürfigen [illegible]

35 [illegible] Die gegentheilige Auffassung, welche bei hinterher begr[illegible] Verdachte die wegen desselben angelegte Untersuchungshaft von einem besonderen prozessualen Verschulden des Be[illegible] von diesem „selbst verschuldete Folge der strafbaren [illegible] als eine schon vor der Urtheilsfällung von ihm erlittene [illegible] (Rosenkranz a. a. O. S. 224), führt, abgesehen von [illegible] Grundlage, auch praktisch zu höchst mißlichen Inkonveni[illegible] krimineller Schuld kann der A eine 6monatliche Unte[illegible] Strafe!) erduldet haben, während der B sich bis zur Verw[illegible] dieser Haft zu entziehen wußte, oder in Folge eines [illegible] der Haft längere Zeit verschont blieb, — eine wahre [illegible] kann hier nur in der Anrechnung der Haft auf die [illegible] fakultative Berücksichtigung bei der richterlichen [illegible] ganz unzulängliches Auskunftsmittel. [illegible] Inkonvenienz bei der Untersuchungshaft in [illegible] hier (wie von Rosenkranz selbst S. 2[illegible] [illegible]ung der Frage, ob der Angeschuldigte zu [illegible] suchung auf freiem Fuße zu belassen sei, [illegible] mit seinem Verschulden in gar keinem [illegible] abhängt, wie z. B. von der Ansässigkeit [illegible] im Inlande" — : hier ist augenscheinlich [illegible] ansässige die „Strafe" der Untersuchun[illegible] ihm verübten Vergehens, als wegen der [illegible] nisse, die dem rechtsverfolgenden Staate [illegible] schienen, erleiden mußte!

vereinfachen und der Kontroverse engere Gränzen ziehen würde, liegt auf der Hand: über Begriff, Begränzung und Beweis des prozessualen Verschuldens würde es allerdings auch hier noch der Zweifel genug geben; allein diese Zweifelspunkte werden durch die letztere Auslegung nicht nur nicht erledigt, sondern noch um andere und praktisch wichtigere vermehrt.

Gleichwohl kann man sich, wenn man nicht blos die Worte, sondern auch die in der Entstehungsgeschichte[36]) des Art. 83 unzweideutig hervorgetretene Absicht des Gesetzgebers in's Auge faßt, dem Anerkenntnisse nicht entziehen, daß derselbe den Ausdruck „ohne eigenes Verschulden (unverschuldet) erlittene Haft" im weiteren Sinne verstanden, daß er hiebei nicht blos das Nichtvorhandensein eines prozessualen Verschuldens, sondern auch das Nichtvorhandensein einer die Haft rechtfertigenden kriminellen Schuld vorausgesetzt, daß er mithin unter der entgegengesetzten Voraussetzung die in Folge des regelmäßigen Prozeßganges erduldete Haft von der Anrechnung auf die Strafe auszuschließen beabsichtigt hat.

Hienach läßt sich denn folgende Formel aufstellen:

Unverschuldet erduldet und darum auf die Strafe anzurechnen ist jede, aber auch nur diejenige Untersuchungshaft, welche

a) weder durch ein die Haft (überhaupt oder mit Rücksicht auf die persönliche Qualität des Beschuldigten) rechtfertigendes kriminelles Verschulden desselben, — noch

b) durch ein die Anlegung oder die längere Dauer der Haft rechtfertigendes prozessuales Verschulden des Angeklagten begründet wird.

Zu lit. a: Nach den bestehenden gesetzlichen Bestimmungen (Einf. Gef. Art. 38 ff.) ist die obligatorische oder fakultative Anwendung der Untersuchungshaft theils und in erster Linie von dem Grade der Strafbarkeit des angezeigten Reates und der Dringlichkeit des bestehenden Verdachtes, theils und außerdem von gewissen anderen mehrfach kombinirten Voraussetzungen (insbesondere von der persönlichen Qualität des Beschuldigten, von seinem prozessualen Benehmen und sonstigen Verhältnissen, von dem Stadium, in welchem sich das Verfahren befindet) abhängig gemacht. Fehlt es nun schon von vorneherein an einer dieser gesetzlichen Bedingungen der Haft oder fällt eine derselben im Laufe der Untersuchung weg, so unterliegt es keinem Zwei-

---

36) Vgl. die Verh. d. GGA. II, 1 S. 230 ff. und II, 2 S. 15, wo namentlich die von Dr. Völk unter allseitiger Zustimmung gemachten Aeußerungen und gebrauchten Beispiele jeden Zweifel in der vorwürfigen Beziehung beseitigen.

se[...] daß ersterenfalls die gleichwohl angelegte Haft von Anfang an und
let[...] terenfalls die gleichwohl fortgestreckte Haft vom Momente des Wegfalles
ihrer gesetzlichen Voraussetzung eine gesetzlich nicht gerechtfertigte,
fol[...]lich vom Angeklagten nicht verschuldete und darum ist (falls ihre Dauer
ein[...]en Monat übersteigt) bei seiner etwaigen Verurtheilung zu gut zu rech-
ne[...] ist. Von derartigen Fällen ist hier nicht weiter die Rede. Auch lassen
wi[...] vorläufig jene Fälle außer Betracht, wo die an sich gerechtfertigte Un-
ters[...]chungshaft in Folge einer (zunächst gleichviel von wem) verschuldeten
ode[...] auch durch ungünstige Zufälle veranlaßten Verzögerung der Untersuchung
ung[...] länger, als unter normalen Verhältnissen erforderlich, erstreckt worden
ist -- hievon wird sub lit. b näher die Rede sein.

Wir setzen vielmehr jetzt voraus, sowohl daß die (selbstverständlich zu-
näch[...]st auf das Vorliegen hinreichenden Verdachtes bezügliche) Bedingungen der
Haf[...] rechtfertigenden Reates basirten) gesetzlichen Bedingungen der Unter-
such[...]ngshaft beim Eintritte derselben und bis zum Schlusse der Unter
ung gegeben waren, wie auch daß das Verfahren selbst mit thunlichster Be-
schle[...]unigung und ohne verzögernde Zwischenfälle zum Abschlusse gelangt ist.

Wenn nun in einem solchen Falle durch das ergehende Urtheil die strafrichterliche
Erke[...]nntniß der Verdacht, auf welchen hin die Verhaftung stattgefunden,
bewa[...]hrheitet und der Beschuldigte wegen der ihm zur Last gelegten That
(unter derselben oder auch unter einer anderen, gleichfalls die Haft recht-
fertigenden Qualifikation) verurtheilt wird, so ist hier der vom
Gesetze in's Auge gefaßte Fall einer durch das (kriminell) offenbar der Verschul-
den des Angeklagten veranlaßten, folglich zur Kompensation mit der Strafe
nicht geeigneten, sondern als selbstverschuldetes Accessorium dieser letzte-
ren zu betrachtenden Untersuchungshaft gegeben.

Allein es kommt auch häufig genug vor (und gerade über die Be-
urtheilung dieser Fälle hat sich eine nachgerade berühmte Kontroverse erho-
ben), daß der Ausgang des Verfahrens im Endurtheile den bis dahin be-
standenen Verdacht als nicht begründet oder als nur bezüglich eines ge-
ringer strafbaren Reates begründet erweist, wegen dessen, wenn sich die
Beschuldigung von Anfang an hierauf beschränkt hätte, die Verhaftung über-
all nicht gerechtfertigt gewesen wäre: darf nun in solchen Fällen die von
dem Beschuldigten erlittene Untersuchungshaft gleichwohl als eine von ihm
verschuldete betrachtet und von der Kompensation ausgeschlossen oder
muß sie vielmehr (vorbehaltlich eines etwa begründeten prozessualen Ver-
schuldens des Angeklagten, wovon sub lit. b) als eine unverschuldet
erduldete angesehen und auf die wegen derselben (nunmehr aber ge-
ringer qualifizirten) oder wegen einer andern That verwirkte

41*

Strafe angerechnet werden? Nichts scheint natürlicher, als daß diese Frage in letzterem Sinne zu beantworten sei: denn wenn es überhaupt gerechtfertigt ist, der Untersuchungshaft die Bedeutung einer accessorischen „Strafe" des in der Verübung der strafbaren Handlung hervorgetretenen kriminellen Verschuldens beizulegen, so kann doch hievon nur bei einem wirklich vorhandenen und vermöge seiner Beschaffenheit die Berechtigung der geschehenen Haftanwendung nicht negirenden kriminellen Verschulden, nicht auch schon wegen des bloßen Verdachtes eines solchen Verschuldens die Rede sein, — es erscheint durchaus unzulässig, daß schon der Verdacht als solcher, welcher ja häufig genug bloßer Schein ist, dem Verdächtigen als (kriminelles) Verschulden imputirt werde, vielmehr kann die auf den Verdacht hin angewendete und bei der damaligen noch zweifelhaften Sachlage vom Standpunkte des Gerichtes allerdings gerechtfertigte Untersuchungshaft erst dann und nur dann als von dem Angeklagten verschuldet prädizirt werden, wenn jener Verdacht durch den Ausgang des Verfahrens bewahrheitet und ein wirkliches Verschulden der vorhin bezeichneten Art im Endurtheile festgestellt worden ist. Wenn also z. B. Jemand der Verübung eines schweren Verbrechens dringend verdächtig und darum nach Art. 38 des Einf.-Ges. in Untersuchungshaft genommen, aber am Schlusse des Verfahrens nur eines Vergehens für schuldig[37]) erkannt worden ist, wegen dessen er, hätte man den wirklichen Sachverhalt von vorneherein gekannt, überall nicht hätte verhaftet werden dürfen, so kann die von ihm erduldete Untersuchungshaft schlechthin nicht als durch seine strafbare Handlung verschuldet betrachtet, sondern sie muß ihm als unverschuldet erlitten auf die zu verbüßende Strafe angerechnet werden: die Beschränktheit der menschlichen Einsicht, welche die wahre Beschaffenheit der Handlung nicht sofort zu erkennen vermochte, kann Niemandem, am allerwenigsten aber dem Angeklagten, zum Verschulden imputirt werden.

Diese in der einfachen Natur der Sache begründete Auffassung war

---

37) Der Schuldausspruch ist maßgebend, d. h. es kommt lediglich darauf an, ob der Angeklagte eines nach seiner Beschaffenheit die Haft rechtfertigenden Reates für schuldig erklärt worden ist. Ist dieses der Fall, so bleibt die Haft eine verschuldete, auch wenn bei der Strafanwendung (z. B. in Folge des dem Strafrichter beim Versuche oder bei der Theilnahme durch Hilfeleistung eingeräumten Milderungsrechtes oder weil ein „leichterer Fall" angenommen wird) auf eine geringere, als auf die nach dem Schuldausspruche verwirkte ordentliche Strafe herabgegangen wird. Vgl. Gotthelf l. c. S. 133.

schon unter der Herrschaft des älteren StGB. in mehreren oberstrichterlichen Erkenntnissen 38) zum Ausdrucke gelangt, sie ist unter ausdrücklicher Bezugnahme auf diese frühere Praxis 39) auch bei der Berathung des gegenwärtigen Art. 83 im GA. II im Einverständnisse mit der Staatsregierung als die richtige und der Intention des Gesetzgebers allein entspre-

38) Vgl. OAGE. v. 14 Okt. und 5. Dezbr. 1851 in den Si[illegible] u. 451. An letzterem Orte heißt es möglichst deutlich: [illegible] noch die von ihm erlittene Haft als eine von ihm verschuldete [illegible] gesehen werden, da über das wirkliche Verschulden [illegible] in dieser Beziehung außer dem hier nicht gegebenen Falle [illegible] lassungen nur allein das ihm zu Theil gewordene Endurtheil [illegible] den kann und dieses, wenn es ihn blos zu einer Strafe ver[illegible] möge ihrer Beschaffenheit die Verhaftung ursprünglich nicht [illegible] würde, von selbst zu der Rückfolgerung führt, daß die Verhaftung eine verschuldete gewesen sei." — Vgl. selbst noch das bereits [illegible] schaft des neuen StGB ergangene OAGE. v. 25. April [illegible] R. X S. 441), worin bemerkt ist, „daß der Ausspruch [illegible] Haft vorliege, auf eine genaue Würdigung der Lage und [illegible] Untersuchung sich stützen und hierüber außer dem [illegible] Verhältnisse vornemlich das ergangene Endurtheil [illegible] ben müsse."

39) S. Verh. II, 1 S. 231 ff., wo auf Anregung von [illegible] Wöll durch den MR. Neumayr ausdrücklich erklärt wurde, daß [illegible] unverschuldet in unserem Art. „der sei, den Herr Dr. [illegible] mit Bezugnahme auf die jüngsten oberstrichterlichen Erkenntnisse [illegible] habe." Zwar wurde in derselben Sitzung ein von Wöll gestellter Antrag, diesem Gedanken im Gesetze selbst durch einen proponirten Zusatz bestimmten Ausdruck zu geben, vom GA. II abgelehnt, — allein nicht deßhalb, weil man den Gedanken selbst mißbilligte, sondern weil man den vorgeschlagenen Zusatz entweder für überflüssig oder (nach einer Bemerkung von Weis) die Fassung desselben nicht für ganz entsprechend erachtete. Dies wird ganz außer Zweifel gestellt durch die Verh. II, 2 S. 15, wonach der Bemerkung von Dr. Wöll „daß er eine unverschuldete Untersuchungshaft nicht nur dann gegeben erachte, wenn ein Verschulden des Untersuchungsrichters konkurrire, sondern auch dann, wenn bei der Aburtheilung sich herausstelle, daß das Verbrechen, welches ursprünglich die Untersuchung [illegible] aft rechtfertigte, zu einer geringer strafbaren That herabsinke, welche, wäre dies von vornherein zu erkennen gewesen, die Untersuchungshaft nicht gerechtfertigt hätte," nicht nur von keiner Seite entgegengetreten, sondern allseits „beigestimmt" und der Art. sodann in der Fassung des Entwurfes einstimmig angenommen wurde.

chende anerkannt werden, und sie wird auch übereinstimmend von allen bisherigen Auslegern[40]) des neuen StGB. vertreten.

Nichts desto weniger hat der oberste Gerichtshof bald nach dem Inslebentreten der neuen Strafgesetzgebung in dem ausgesprochenen Bestreben, „das kräftige Fortgehen der Strafrechtspflege durch strengere Handhabung von Hilfsmitteln des Verfahrens“ zu sichern, eine in wesentlichen Beziehungen abweichende Praxis eingeschlagen[41]), dieselbe trotz lebhaft dagegen erhobenen Widerspruches behauptet, durch (kassatorisches) Plenarerkenntniß[42]) vom 16. Dezember 1864 sanktionirt und bis in die allerjüngste Zeit[43]) festgehalten. Abgesehen von mancherlei Inkonsequenzen[44]), welche in nicht wenigen dieser OAGE., zumal in den Entscheidungsgründen, hervortreten, auf welche aber hier zunächst nicht einzugehen ist, so ist die durchschlagende Tendenz dieser oberstrichterlichen Rechtsprechung unverkennbar darauf gerichtet, die natürliche Tragweite des an sich nicht wegzuläugnenden Satzes, daß die Frage der Haftverschuldung nicht nach den bei der Verhaftung vorliegenden Umständen, sondern nach dem im Endur-

---

40) Vgl. Stenglein, Komm. I S. 573 f.; Weis I S. 238 f.; Hocheder S. 406; Gotthelf a. a. O. S. 100 ff. Auch Rosenkranz l. c. S 226 f. u. S. 250 f. kann nicht umhin zuzugestehen, daß der Begriff der unverschuldeten Haft in dem oben dargelegten „unbeschränkten Sinne zu verstehen sei“; gleichwohl ist er bestrebt, durch Aufstellung einer unhaltbaren Theorie über den „Nachweis der unverschuldet erlittenen Haft“ der Konsequenz dieses Zugeständnisses wieder die Spitze abzubrechen.

41) Den Anfang machte das bereits in Note 24 angeführte OAGE. vom 26. Juni 1863, ihm folgten dann zunächst zwei OAGE. vom 23. Januar 1864 (Z. f. G. u. R. XI S. 6 ff. u. S. 41 ff., Z. f. Ger.-pr. III S. 95 f. und S. 137 f.).

42) Z. f. G. u. R. XI S. 478 ff. u. Z. f. Ger.-pr. IV S. 101 ff.

43) Vgl. OAGE. vom 13. Juli u. 2. Nov 1866 in der Z. f. Ger.-pr. VI S. 6 f. u. S. 132 ff. — Was die übrigen, in den Jahren 1864—1866 hinsichtlich der vorwürfigen Frage in großer Zahl ergangenen OAGE. betrifft, so mag es, soweit nicht einige derselben noch speziell hervorzuheben sind, genügen, desfalls auf das ziemlich vollständige systematische Register zu den 5 ersten Bänden der Z. f. Ger.-pr. S. 6 (ad Art. 83 des StGB) zu verweisen.

44) Vgl. auch Rosenkranz a. a. O S. 253: „diese (oberstrichterlichen) Entscheidungen sind so wenig unter sich übereinstimmend, daß es eine schwere Aufgabe wäre, sie alle auf einen gemeinschaftlichen Gesichtspunkt zurückzuführen.“

…eile niedergelegten Ergebnisse der gerichtlichen Verhandlung zu beurtheilen sei, zu beschränken — und zwar dies nach zwei Richtungen: einmal dadurch, daß für den Fall einer ergehenden Verurtheilung wegen eines geringeren (und als solcher die Haft nicht rechtfertigenden) Reates die Unterscheidung [43]) eingeführt wird, ob aus objektiven [44]) Gründen (weil die That bezw. Hauptthat in ihrer äußerlich hervortretenden Erscheinung nach dem Endurtheile nicht mehr die bei … gesetzte und deren Zulässigkeit bedingende Eigenschaft …

---

[43]) Vgl. über diese Unterscheidung insbesondere das angef. Pl… zember 1864, wo es unter Anderem heißt: „Wenn eine … äußerlich hervortretenden Erscheinung die ihr von vornehe… genschaft als ein Verbrechen (der in Art. 38 des Einf.-Ges. … beibehalten und blos die Schuld des Angeklagten oder von mehreren nach der Art ihrer später erkannten Bet… tiven Gründen der Zurechnung in ein milderes Licht tritt … wider ihn nicht mehr zugelassen hätte, so läßt sich ein … nicht davon freisprechen, jede Verhaftung, welche nach … laufe des Verfahrens gerechtfertigt erschien, auch mit … selbst gegen sich hervorgerufen zu haben. Die Schuld … und das Verschulden der Haft sind in diesem Falle … verkettet und lassen sich, ohne dem Geiste des Art. 83 … von einander absondern."

[44]) Als Beispiele für den Wegfall objektiver Voraussetzungen … Strafbarkeit sind in dem angef. Plenarerk. und … gehoben: wenn ein Diebstahl durch das Hinwegfallen des … nommenen Einbruches oder durch Verminderung der … menen Beschädigungssumme aus einem Verbrechen (welches die Verhaftung veranlaßt hatte) zu einem Vergehen herabsinkt, — oder wenn ein vermeintliches Verbrechen der Körperverletzung nach dem Endurtheile, weil sich die wirkliche Dauer der Arbeitsunfähigkeit nicht über 60 Tage erstreckte, sich nur als ein Vergehen darstellt, — oder wenn statt des zur Zeit der Untersuchungshaft indizirten Raubversuches nach dem Endurtheile nur ein Vergehen der Körperverletzung begangen wurde. (Ob dieses letztere Beispiel im Plenarerk. glücklich gewählt sei, muß stark bezweifelt werden; denn der Raubversuch unterscheidet sich von der Körperverletzung nicht sowohl durch die objektive Erscheinung der That, als vielmehr durch die bei ersterem vorhandene Absicht rechtswidriger Zueignung einer fremden beweglichen Sache, vgl. Rosenkranz a. a. O. S. 259).

nur aus subjektiven[17]) Gründen der Zurechnung oder Betheiligung an der That auf eine geringere Strafe erkannt wurde, indem nur im ersteren, nicht auch im letzteren Falle die Haft als eine unverschuldete in Anrechnung gebracht werden dürfe, — zum Anderen dadurch, daß zur Begründung der (kriminellen) Nichtverschuldung der Haft die Thatsache der Nichtverurtheilung wegen des beanzeigten (schwereren) Reates noch nicht als genügend erklärt, sondern überdies die positive strafrichterliche Feststellung, daß der bestandene Verdacht ein durchaus irrthümlicher und grundloser war, gefordert wird[18]).

[17]) Als Fälle, in welchen die Strafbarkeit des Beschuldigten lediglich aus subjektiven Gründen gemindert sein soll, sind im Plenarerk. und in anderen OAGE. bezeichnet: wenn Jemand, der wegen Verdachtes der Theilnahme an einem Diebstahlsverbrechen verhaftet worden ist, nur wegen des Vergehens der Hehlerei oder der Begünstigung dieses Diebstahlsverbrechens verurtheilt wird (als ob Hehlerei und Begünstigung gar nicht objektiv, sondern nur subjektiv verschieden von dem vorausgegangenen Diebstahlsverbrechen wären !), — oder wenn Jemand, der wegen Verdachtes des Verbrechens der Körperverletzung verhaftet wurde, nur wegen Vergehens der Schlägerei verurtheilt wird (es gilt hier die gleiche Bemerkung [illegible] wie vorhin), — oder wenn Jemand, der wegen Verdachtes des Mordve[illegible]suches verhaftet wurde, nur des Vergehens der Körperverletzung [illegible]ir schuldig erkannt wird ꝛc.

[18]) Vgl. insb[illegible]. OAGE. (verw.) vom 26. Juni 1863 in der Zeitschr. f. G. u. R. X [illegible].676 f., wo in den Entscheidungsgründen ausdrücklich bemerkt ist, daß i[illegible] der lediglich wegen Vergehens der Schlägerei (anstatt wegen des anfänglich [illegible] indizirten Verbrechens des Todtschlages oder der Körperverletzung) geschehene [illegible] Verweisung und Verurtheilung „nichts weniger als eine Anerkennung [illegible] der Schuldlosigkeit in Bezug auf die vorgefallene tödtliche Verletzung [illegible] liege, . . . daß vielmehr die Beschuldigten dadurch, daß sie sich an der [illegible]handlung mit gefährlichen Werkzeugen betheiligt hatten, den gegen sie [illegible]standenen dringenden Verdacht der Urheberschaft der schweren Verletzung [illegible]d hiemit auch ihre auf Grund dieses Verdachtes eingetretene Verhaftung [illegible]rch ihre eigene Handlungsweise verschuldet hatten," — ferner OAGE. [illegible]verw.) v. 18. Febr. 1865 ebendas. XII S. 55 ff., wonach in einem Falle, wo der Beschuldigte wegen Verdachtes des Verbrechens der Körperverletzung verhaftet, aber nur wegen Vergehens verurtheilt worden war, die Nicht[illegible]wendung des Art. 83 durch die Erwägung gerechtfertigt wurde, daß „ein[illegible] Untersuchungshaft dann als von dem Angeklagten selbst verschuldet zu erachten sei, wenn sie (zur Zeit ihres Eintrittes!) gesetzlich gerechtfertigt war," so[illegible]e daß hier „keine Momente gegeben sind, welche gegenüber der im ([illegible]id.) Urtheile enthaltenen Feststellung die nach der ursprüng-

Abs. 1. Voraussetzungen der Haftanrechnung. Unverschuldete Untersuchungshaft.

Na[illegible] beiden Beziehungen vermag die Rechtsanschauung des Gerichts[illegible] nicht auszuhalten.
Wa[illegible] fes eine ernstliche Prüfung zwischen objektiv und subjektiv vermindert[illegible] zuerst die Unterscheidung für unsere Frage beigelegte betrifft, [illegible] Strafbarkeit und die Theorie schon von anderer so überze[illegible] ist die Bodenlosigkeit hier einige Bemerkungen Beziehun[illegible] dargethan worden. Es ist gewiß, daß jene Unterscheidung im Gese[illegible] genügen dürfen. in das Gesetz willkürlich getragen o[illegible] selbst nicht gemacht (wie sich ausdrückt) „eine beliebig und unhaltbar und schwebt ist 59).

Dieselbe ist aber auch [illegible]

[illegible] chen Sachlage gerechtfertigte [illegible] rigen Voraussetzungen [illegible] ÄGG. (verw.) v. 20. Januar 18[illegible] Falle, wo der wegen Verdachtes zweier [illegible] 000 fl.) Verhaftete nur wegen zweier dem Beisatze, daß noch immer drin[illegible] heit der Entwendung von mehr als [illegible] begehrte Anrechnung der Untersuchung [illegible] Zeit aus einem „objektiven“ Grunde [illegible] willen versagt ward, „weil die Verhaftung zweier Diebstahlsverbrechen erfolgt sei [illegible] ner Weise ergeben habe, daß jene [illegible] aussetzungen ruhender oder [illegible] nes Verhalten veranlaßter gewesen sei [illegible] kranz l. c. S. 269 f. weiter [illegible] 17. Juli und 20. Oct. 1865 in der [illegible] 343 f., 482 f.

59) Vgl. Gotthelf a. a. O. S. 130 und [illegible] S. 255—262.

60) Wenn sich das mehrerwähnte Plenarbeschluß [illegible] in den Verh. des GGA. II, 1 u. II. 2 [illegible] tive Gründe der Betheiligung ein [illegible] einer gelinderen Strafe zur Folge [illegible] könnte dieses Argument eine Beweiskraft [illegible] zur ausdrücklichen Hervorhebung [illegible] Nöthigung vorgelegen wäre. In jenem Falle [illegible] noch ein innerer Grund gegeben [illegible] — und dies [illegible] Verh II, 1 ausdrücklich die [illegible] malige oberstrichterliche Praxis [illegible] zur authentischen Erläuterung des [illegible] feres Art. angezogen und im [illegible] Praxis, wie ein Blick auf das in Note 38 angeführte [illegible]

[illegible] hindert hatte, gleichwohl [illegible] auf Grund bringenden Ver[illegible]

der Lust: denn wenn es auch richtig ist, daß sich theoretisch in der Totalität der verbrecherischen Handlung zwei Seiten, die objektive (äußere That und ihr Erfolg) und die subjektive (Merkmale, welche sich auf die Person des Verbrechers und seine Willensbeschaffenheit beziehen) unterscheiden lassen, so ist es auf der anderen Seite doch eben so unläugbar, daß zum Begriff und Thatbestand der strafbaren Handlung überhaupt oder einer bestimmten strafbaren Handlung beide Seiten wesentlich und untrennbar zusammengehören, daß mithin eine oder wenigstens diese bestimmte strafbare Handlung nicht gegeben ist, wenn es entweder an den subjektiven oder an den objektiven Erfordernissen derselben, gleichviel an welchen, gebricht. Es stehen sich also von hieraus ganz gleich die beiden Fälle: wenn Jemand, der wegen Verdachtes des Mordversuches verhaftet wurde, nur eines Vergehens der Körperverletzung schuldig befunden wird, und wenn Jemand, der wegen Verdachtes eines Verbrechens der Körperverletzung verhaftet wurde, schließlich (nachdem sich inzwischen eine geringere als die anfänglich vermuthete Dauer der Arbeitsunfähigkeit des Verletzten herausgestellt hat) nur wegen Vergehens verurtheilt wird: im ersteren Falle beruhte die Verhaftung a[illegible] unrichtigen Voraussetzungen hinsichtlich der subjektiven, [i]n letzteren F[illegible]lle auf unrichtigen Voraussetzungen hinsichtlich der objektiven Seite de[illegible] Handlung, im einen wie im anderen Falle wäre, wenn man [di]e Handlung [illegible]von vornherein richtig (d. h. entsprechend dem Schlußergeb[ni]sse des Verf[illegible]hrens) als Vergehen beurtheilt hätte, Verhaftung unzu[läss]ig gewese[n] [illegible], — warum nun gleichwohl im ersteren Falle die Haft des [A]ngeklagten [illegible]ne verschuldete und nur im letzteren Falle eine unverschuldete se[illegible] solle, ist schlechthin unerfindlich [51]). Vollends räthselhaft

1851 [illegible], an die beregte ominöse Unterscheidung nicht entfernt gedacht, sondern di[illegible] rationelle Auffassung vertreten wurde.

51) Der A[illegible]gangspunkt dieser irrthümlichen Anschauung ist deutlich zu erkennen in den [illegible] Entscheidungsgründen zum (verw.) OAGE. vom 30. Dez. 1864 [illegible] u. N XI S. 499 ff.), welches gerade den hier beispielsweise erwähnte[n] [illegible] Fall des vermeintlichen Mordversuches betraf und worin es heißt: „Ohn[e] [illegible] eigenes Verschulden hat ein Angeklagter die Untersuchungshaft erdulde[t] [illegible] wenn die äußere Erscheinung und der zufolge die ursprün[g]liche rechtliche Qualifikation der That, welche die Verhaftung ve[r]anlaßt hat, nicht in dessen eigenem Verschulden gelegen war." [illegible]s wird aber hier einfach übersehen, daß die äußere Erscheinung [illegible] der That (als solche und abstrahirt von einem darin manifestirten strafrech[ts]widrigen Willen) weder ein wirkliches Verschulden des Thäters, noch au[ch] nur den Verdacht eines solchen zu begründen und ebendeshalb

Art. 88 ... §. 1. Voraus ... ungen der Haftanordnung. ... Untersch. ... Andern

Und in einer Reihe ... Unter ... lediglich auch ... Straf... wo der

aber ist es, wenn in angeführten Plenar... die fragliche ... der ... Ausnahme an

oberstrich ... licher Erkenntnisse (s. Note 47) die Minderung gesprochen ... oder ... nicht blos

in Fällen ... angewendet und von einer Minderung ... andern

„aus su ... jektiven Gründen der Zurechnung" ... Thäter ...

Beschuldi... welcher wegen Verdachtes der Thäterschaft ...

einem Ver... brechen verhaftet worden war, wegen ein ...

---

für ... sich allein weder die „ursprüngliche" noch die ... nitive recht ... che Qualifi-

lat ... von der That zu bedingen vermag: auch der ges ... eine Per ... vorhanden

Be... rdacht enthält das (freilich auf bloße Vermu... ungen ... bekannt) Ur-

theil, nicht blos daß diese Person die That äußerlich ... ins Werk ...

dern auch daß sie dabei mit Willensschuld gehand... habe, ... Gesetz, fon-

der Untersuchungsrichter z. B. Jeden in Haft nehmen ... lassen, ... auch müßte

be... angezeigt ist, den Tod eines anderen Menschen ver... dacht zu ... der dringend

Wenn schon von Anfang an außer Zweifel stände, ... daß der ... aben, auch

... ande der völligen Unzurechnungsfähigkeit oder der ... rechten ... äter im Zu-

... auch aus bloßer Fahrlässigkeit die That verübt habe. ... Wenn ... schwehr oder

... räglich herausstellt, daß sich der Untersuchungs... ... Verweis ... num nach.

seiner vorläufigen Annahme bezüglich der subjek... ... Untersuchungsrichter in

geirrt, daß er einen höheren Grad oder eine ... ... den Willensschuld

unterstellt oder nachträglich herausgestellte gesetzliche ... Modalität derselben

... gend, geminderte Zurechnung) übersehen und fol... ... erungsgründe (z. B.

der Voraussetzung eines schwereren Reates getro... ... seine Maßregeln auf

Ausgang des Verfahrens gerechtfertigt wird, so kann ... hat, als durch den

gesehen von einem etwa konkurrirenden prozessu... ... dem Angeklagten (ob.

lichen Selbstanklage) jener nicht durch die wirkli... ... en Vergehen der fal-

durch den äußeren Schein derselben und durch ... Handlung, sondern

menschlichen Einsicht entstandene, ungerechtfertigte ... Unvollkommenheit der

wenig zum eigenen Verschulden angerechnet ... dacht sicherlich ebenso,

Untersuchungsrichter bezüglich der objektiven ... een, als wenn sich der

und z. B. die Verhaftung des Angeklagten in ... der Handlung geirrt

als 60 Tage dauernden Arbeitsunfähigkeit des ... Unterstellung einer mehr

während letztere in Wirklichkeit nur 59 oder 60 ... erleben angeordnet hatte.

überhaupt, so könnte man ... Tage gedauert hat. Wenn

einer durch die Handlung ... in diesem letzteren ... Falle offenbar noch eher von

in dem anderen Falle, wo des Thäters verschulde... deren Haft sprechen, als

verletzung zugefügt hat. Jemand, der einem ... Anderen eine leichte Körper-

fertigten Verdacht eines beabsichtigten Mordes ... in den schließlich nicht gerecht-

schuldigung des Mordversuches ... wie immer ... Gerüth und nun unter der An-

wird. Von dem Thäter ... Monate lang ... in Untersuchungshaft gehalten

wegen desselben angelegte ... wirklich verschuldet ist der Verdacht und die

im Endurtheile den Verdacht ... Haft nur dann, wenn die Feststellung der Tha...

... rechtfertigt und bewahrheitet.

subjektiv, sondern auch objektiv verschiedenen, leichteren Reates (z. B. wegen des Vergehens der Schlägerei statt des beanzeigten Verbrechens der Körperverletzung, wegen des Vergehens der Begünstigung oder der Hehlerei statt der beanzeigten Theilnahme am Diebstahlsverbrechen) für schuldig befunden wird [52]). Ein weiteres Argument für die Unhaltbarkeit dieses gan-

---

[52]) Denn wenn auch Körperverletzung und Schlägerei nach richtiger, obwohl vom obersten Gerichtshofe nicht gebilligter Auffassung juristisch als dieselbe That (als derselbe materielle Vorgang) betrachtet werden müssen, so läßt sich doch nicht behaupten, daß die Schlägerei von der Körperverletzung sich nur nach der subjektiven, nicht auch nach der objektiven Seite unterscheide, oder daß die Handlung des Hehlers oder Begünstigers objektiv ganz dieselbe sei, wie diejenige des Diebes und nur „aus subjektiven Gründen der Zurechnung in ein milderes Licht trete." Soll nun, wenn sich gegen A, B und C der Verdacht der gemeinsamen Verübung eines Diebstahlverbrechens erhoben hatte, schließlich aber nur der A des Diebstahlverbrechens, B und C aber nicht der Mitthäterschaft oder Theilnahme, sondern nur der Begünstigung oder Hehlerei bezüglich desselben für schuldig erkannt werden, — soll hier um deswillen, weil durch das Endurtheil die Existenz des von A (also von einer ganz anderen Person) begangenen Diebstahlverbrechens festgestellt worden ist und weil es dem Untersuchungsrichter hinsichtlich der beiden anderen Beschuldigten nicht möglich war, „die Beschuldigung gleich von vornherein auf ihren haltbaren Werth zurückzuführen oder ihr wahres Gewicht zu erkennen", auch die von B und C erduldete Untersuchungshaft als eine von ihnen verschuldete betrachtet werden dürfen, während die Haft nicht gegen sie hätte verhängt werden können, wenn sich bezüglich ihrer die Beschuldigung von vornherein nur auf das Vergehen der Begünstigung oder der Hehlerei gerichtet hätte? Wenn an der Spitze der Entscheidungsgründe des in einem solchen Falle ergangenen Plenarerk. vom 16. Dez. 1864 behauptet wird „wer durch die Verübung einer strafbaren Handlung sich dem Verdachte aussetzt, daß dieselbe Verhältnisse angenommen, welche seine Verhaftung nothwendig machen oder wenigstens rechtfertigen würden, der hat die wider ihn verhängte Untersuchungshaft auch selbst verschuldet, und wer sich an einem vorgefallenen Verbrechen auf eine Weise betheiligt, die ihn der Theilnahme durch alle möglichen Grade bezichtigt, der muß die Folge, bis zur Ermittelung seiner Schuld in Verwahrung genommen zu werden, nur seinem eigenen Vergehen zuschreiben" — so ist augenscheinlich, daß hier die Begriffe von ursprünglich gerechtfertigter und von verschuldeter Haft in ganz unzulässiger Weise konfundirt werden — eine Verwechselung, welche in ihrer praktischen Konsequenz so ziemlich auf eine Paralysirung des Art. 83 hinauslaufen würde. — Vgl. auch Rosenkranz l. c. S. 253 f. „Eine Verpflichtung, sich vor dem Scheine einer strafbaren

zen Gedankens liegt übrigens auch noch darin, daß der oberste Gerichtshof selbst von einer konsequenten Durchführung desselben Scheu getragen hat, indem er in einem Falle, wo die Handlung offenbar nur aus subjektiven Gründen der Zurechnung" einen Charakter geringerer Strafbarkeit, als bei der Verhaftung vorausgesetzt wurde, annahm, gleichwohl die schuldete Untersuchungshaft als eine unverschuldete und die Strafe entsprechende betrachtete [53]), während er umgekehrt in einem andern Falle, wo augenscheinlich aus dem Grunde einer leichteren objektiven Strafbarkeit der That auf eine geringere Strafe erkannt wurde, gleichwohl die Anrechnung der Untersuchungshaft als unstatthaft erklärte [54] ... ersten Gerichtshofes.

Aber nicht genug, daß die Rechtsprechung des ... erscheint

Handlung zu hüten, kennt überhaupt nur die Moral ... nicht aber das Recht. Und wenn der Richter aus den Anzeichen, welche ein ... minder strafbare That zurückgelassen hat, den Verdacht einer höher strafbaren ... ableitet, dann enthält dieser eben ein unrichtiges Urtheil, welches nicht die ... eine minder strafbare Handlung hervorgerufen, sondern erst der Richter durch eine fehlerhafte Schlußfolgerung sich gebildet hat."

[53]) OGH. (verw.) v. 20. Okt. 1865 (Z. f. G. u. R. XII S. 482 ff.), wo durch ausgesprochen wurde, daß, wenn eine wegen Verbrechens des Kindesmordes angeklagte und verhaftete Frauensperson der fahrlässigen Kindestödtung für schuldig erachtet wird, die ganze Dauer der Untersuchungshaft als unverschuldet an der erkannten Strafe einzurechnen ist. In den Gründen dieser zweifelsohne richtigen, aber mit der bisherigen Rechtsprechung des obersten Gerichtshofes kaum vereinbarlichen Entscheidung ist (gleichsam zur Ablehnung des Vorwurfes der Inkonsequenz) die Bemerkung niedergelegt, daß „in allen jenen Fällen, in welchen bis ... geringere wurde) die Strafbarkeit der That blos aus subjektiven Gründen eine ... erscheint wurde, die Frage, ob die Untersuchungshaft eine unverschuldete sei, ... ihm ursprünglich imputirt war, daß sich der Verhaftete, wenn auch nicht ... begangenen strafbaren tirt gewesenen, so doch immerhin einer vorsätzlich ... That schuldig gemacht hatte". Allein es leuchtet ein, daß dieser Versuch, die bisher befolgte, im konkreten Falle aber verlassene Theorie zu retten, nur geeignet ist, die Hinfälligkeit dieser letzteren in ein desto helleres Licht zu setzen, — vgl. auch Rosenkranz a. a. O.

[54]) Vgl. das bereits in Note 48 angef. OGH. (verw.) vom 20. Jan. 1865 (Z. f. G. u. R. XII S. 15 f.), wozu hier nur noch zu bemerken ist, daß der Grund, warum in diesem Falle (scheinbar in direktem Widerspruch mit dem im Plenarerk. durchgeführten Gedanken) die Anrechnung der Haft versagt wurde, unzweifelhaft in dem sofort näher zu prüfenden ... enthalten ist, zwei ... suche, die Tragweite des Art. 83 zu beschränken, enthalten ist. ...

durch die gerade bekämpfte Unterscheidung die Schranken der Anwendung des Art. 83 eben so willkürliche als unnatürliche Schranken zu ziehen versucht hat, so hat dieselbe, wie oben bereits hervorgehoben, die gleiche Tendenz in unverkennbarer, wenn auch minder klar und bestimmt ausgesprochener Weise noch auf einem anderen Wege verfolgt, — und sie ist hiebei auffallenderweise von dem neuesten Bearbeiter dieser Materie eben so lebhaft unterstützt, wie in der vorhin gedachten Richtung bekämpft worden. Den in Note 48 angeführten OAGE. liegt nämlich der gemeinsame Gedanke zu Grunde, daß eine erduldete Untersuchungshaft nicht schon dann und darum eine unverschuldete sei, wenn und weil (wegen unzulänglichen Beweises) eine Verurtheilung bezüglich des inkriminirten schwereren Reates nicht erfolgt ist, sondern daß hiezu noch überdies eine förmliche Unschuldserklärung d. h. die gerichtliche Konstatirung der Grundlosigkeit des wegen jenes (schwereren) Reates bestandenen Verdachtes erfordert werde. Vom Standpunkte der oberstrichterlichen Praxis, welche die Begriffe von ursprünglich gerechtfertigter und von verschuldeter Haft nur zu häufig zusammenwirft und identifizirt, mag diese Auffassung noch einigermaßen begreiflich erscheinen, — weniger, daß sie auch in Rosenkranz [55]), welcher gegen jene Begriffsverwechselung scharf zu Felde gezogen ist, einen Vertreter und Vorkämpfer gefunden hat. Rosenkranz geht von dem richtigen Satze aus, daß im Sinne unseres Gesetzes der Straffällige, welcher durch ein gesetzwidriges Verfahren der staatlichen Behörden oder durch die Schuld dritter Personen oder auch wegen zufälliger Umstände eine Untersuchungshaft und mithin ein unverschuldetes Unrecht erlitten hat, berechtigt sei, die Kompensation dieses Uebels mit der für sein wirkliches (und als solches die Haft nicht rechtfertigendes) Verschulden gesetzlich verwirkten Strafe zu fordern. Bedenklich ist jedoch schon die weitere Behauptung, daß dieser excipiendo vel reconveniendo erhobene Gegenanspruch auf Schadloshaltung durch Abrechnung von der Strafe „den Nachweis voraussetze, daß der Straffällige die abzurechnende Haft wirklich unverschuldet erlitten habe", indem mit dieser Behauptung, zumal wenn der „Nachweis" in dem von Rosenkranz gemeinten Sinne verstanden wird, bereits die abschüssige Bahn betreten ist. Geradezu unrichtig ist es aber, wenn aus diesen Prämissen ganz allgemein der Satz [56]) abgeleitet wird, daß im Falle der Ver-

---

[55]) Vgl. Rosenkranz a. a. O. S. 262 ff.

[56]) Dieser Satz ist höchstens etwa relativ berechtigt für jene Fälle, wo durch das Endurtheil ein die Haft rechtfertigender Reat festgestellt und nur darüber

urtheilung ... des Verdächtigen wegen einer strafbaren Handlung ... die vor ... höher straf-
von einer ... die Haft nicht rechtfertigenden Qualität) Verdachtes ... Gegen-
jenes (an ... einen schwereren Reat gerichteten) ist, bis der Verdacht der ... gemäß der
„so lange ... ist eine verschuldete zu vermuthen ... durch das ... kraft dies ... Präsum-
theil da ... gethan" d. h. bis „der ursprüngliche ... derselbe ...
baren Th ... welcher die Verhaftung nach sich zog, ...
Untersuch ... vollständig gehoben ist", daß also ... er der ...
tion die ... ist als eine verschuldete und die Anrechnung ... ersuchung ...
statthaft ... zu betrachten ist, „wenn der Angekl...
minder st... strafbaren That überführt wurde, daneben ...
Verdacht der höher strafbaren That, worin die U... enden ...
gesetzlichen Grund hatte, noch fortbesteht."

Die ... infälligkeit dieser Aufstellung ergibt sich aus so ... rücklich
Für's Erste wird der von Rosenkranz selbst so nach ...
terschied ... von gesetzlich gerechtfertigter und von ve...
suchung ... Haft im praktischen Resultate wenigstens wie ...
jene so ... lange auch als verschuldet zu gelten hat, ...
Gegen ... eil der die erstere bedingenden Voraussetzung ...
losigkeit ... des bestandenen Verdachtes) hergestellt ist [57] ...
kehrt ... Die von Rosenkranz aufgestellte Präsumtion ...
sich ... gesetzwidrige Haft im Zweifel als von dem Ange... ... nicht ...
zu betrachten sei, nicht nur jeder gesetzlichen Grundlage ...
spricht ... geradezu dem allgemeinen Rechtsgrundsatze, ...
Verschulden, welches rechtliche Nachtheile zur Fo... ...
präsumirt werden darf, sondern bewiesen werden ...
nun hier zunächst um ein kriminelles Verschulden ...
delt, so kann nur das durch das Endurtheil festgest... ...
schulden, nicht etwa das präsumtive (mögliche od... ...
aber doch nicht erwiesene) Verschulden dafür Maß ...
verschuldete oder eine unverschuldet erduldete ...

Frage ist, ob die ganze [illegible] ... dauer derselben als ... von dem Angeklagten ver-
schuldet zu betrachten sei. Hievon später sub lit. b.

[57]) Wenn schon zur gesetzlich begründeten (Stra-
fer) Verdacht wegen eines gerechtfertigten Haft begründet wird, so kann es
zu einer vom Angeklagten (schwereren) Reates gefordert wird, welche die erstere
schon zur Voraussetzung hat, selbst verschuldeten Haft, welche die erstere
schon genügen, „wenn nur der ursprüngliche Verdacht der höher strafbaren
That noch fortbesteht." damit aber noch nicht erschöpft ist, unmöglich

Nichtverschuldung der Haft und hiemit des Kompensationsanspruches des Beschuldigten liegt schon in der Nichtverurtheilung wegen des beanzeigten (schwereren und nur unter dieser Voraussetzung die Haft rechtfertigenden) Reates [58]. Die abweichende Ansicht von Rosenkranz — und dies ist ein dritter schlagender Grund zur Widerlegung derselben — führt mit ihrer Unterscheidung zwischen Freisprechung wegen positiv nachgewiesener Unschuld und Freisprechung wegen negativ unerwiesener Schuld nothwendig zu einer Repristination der glücklich beseitigten Entlassung von der Instanz und der Verdachtsstrafe: denn es wäre im Grunde nichts Anderes, als ein Wiederaufleben der **absolutio ab instantia**, wenn der von der Anschuldigung freigesprochene bezw. nur eines geringeren Reates für schuldig befundene Angeklagte gleichwohl wegen des unerwiesen gebliebenen (schwereren) Reates rechtliche Nachtheile erleiden d. h. seines in Art. 83 begründeten Anspruches auf Anrechnung der erduldeten Haft verlustig gehen sollte [59], und da nach eigenem Zugeständnisse von Rosenkranz [60]) diejenige Untersuchungshaft, welche ungeachtet eines in einer zu verbüßenden Strafe vorhandenen Kompensationsobjektes von der Abrechnung ausgeschlossen wird, selbst den Charakter der Strafe bezw. eines **accessorium** derselben annimmt, so kann nicht in Abrede gestellt werden, daß in dem hier in Frage stehenden Falle, wenn dem nur wegen eines geringeren Reates Verurtheilten die Anrechnung der Haft lediglich aus dem Grunde der nicht geschehenen Entkräftung bezw. des Fortbestehens

---

[58]) Vgl. auch Gotthelf a. a. O. S. 100. „Jede Schuld und jeder höhere Grad derselben, welche nicht so weit nachweisbar waren, daß sie durch Urtheil festgestellt werden konnten, existiren strafrechtlich nicht. So lange die Schuld oder der höhere Grad nicht bewiesen sind, muß die Nichtschuld oder der geringere Grad als gegeben angenommen werden." Die Behauptung von Rosenkranz, daß die Präsumtion der Unschuld dort nicht in Betracht kommen könne, wo es sich um Begründung eines Gegenanspruches an den Staat handle, daß die Entschädigung nicht der möglichen, sondern nur der erwiesenen Unschuld gebühre, daß mithin der Angeschuldigte seine Unschuld zu beweisen habe, weil seine Forderung ihn in die Rolle des Widerklägers versetze, ist offenbar unstichhaltig: denn „wenn man das Verhältniß civilprozessualisch formulirt, so hätte der Staat excipiendo die Verschuldung des Klägers geltend zu machen und zu beweisen" (Heinze a. a. O. S. 20 Note 37).

[59]) Vgl. auch Gotthelf a. a. O. S. 100 und Heinze l. c. S. 27.

[60]) S. dessen Abhandlung a. a. O. S. 224.

des auf den schwereren Reat gerichteten Verdachtes versagt wird, die er-duldete Untersuchungshaft nicht sowohl als eine accessorische Strafe seines wirklichen, d. h. erwiesenen kriminellen Verschuldens, sondern als eine wahre und eigentliche Verdachtsstrafe erscheint. Hiezu kommt noch, daß die praktische Durchführung dieser von Rosenkrantz in Ueber-einstimmung mit der Rechtsprechung des obersten Gerichtshofes vertretenen Ansicht ohne einen ernstlichen Konflikt mit den obersten Grundsätzen am wenig-stens des Schwurgerichtsprozesses kaum gedenkbar ist. Es bedarf nämlich nach dieser Ansicht 81) in jedem Falle, wo die Abrechnung einer Untersuchungshaft im Ganzen in Frage kömmt, „einer richterlichen Fest-stellung darüber, ob der Verdacht, welcher die Haft ursprünglich begründet hat, durch das Ergebniß der Untersuchung als unbegründet erwiesen oder noch fortbesteht"; diese thatsächliche Feststellung soll in den nicht schwurgerichtlichen Fällen von den zugleich über die That- und Rechtsfrage erkennenden bezirks- bezw. appellationsgerichtlichen Senaten (wogegen an sich und abgesehen von den sonstigen Einwendungen nichts zu erinnern wäre), in Schwurgerichtsfällen von dem Schwurgerichts-hofe, der insofern als zur Ergänzung, nicht Abänderung des Ge-schworenenwahrspruches berufen erklärt wird, mittels ausdrücklicher Kon-statirung in den Entscheidungsgründen geschehen 82). Wenn man jedoch

81) Vgl. Rosenkrantz a. a. O. S. 268 ff.

82) Wenn Rosenkrantz zur Rechtfertigung dieses Satzes sich darauf beruft, daß die Geschworenen lediglich zur Entscheidung der auf die Schuld des Angeklagten bezüglichen Thatfragen berufen, alle sonstigen thatsächlichen Fest-stellungen aber, welche nicht die Schuld, sondern die Anwendung des Strafgesetzes auf dieselbe betreffen, Aufgabe des Schwurgerichtshofes seien, so kann zwar dieser, nicht aber ohne Weiteres der ferneren Be-hauptung beigestimmt werden, daß auch die „Abrechnung der erlittenen Unter-suchungshaft ein die Schuldfrage nicht berührender Umstand" sei. Es wird vielmehr zu unterscheiden sein, ob die Nichtverschuldung der Haft auf das Nichtvorhandensein einer entsprechenden kriminellen Schuld oder (wie bei der besonders langwierigen Haft) auf sonstige die Schuld in der That „nicht berührende Umstände" gestützt wird. Die thatsächliche Feststellung in der ersteren Hinsicht ist eben so unzweifelhaft Aufgabe der Geschworenen, wie diejenige in der letzteren Beziehung Sache des Ge-richtshofes. Haben die Geschworenen ein kriminelles Verschulden des Ange-klagten festgestellt, dann gehört es allerdings zur Zuständigkeit des Gerichtshofes, zu entscheiden, ob Angesichts dieser gleich-sam rückwirkenden Feststellung die von Jenem erduldete Untersuchungshaft

erwägt, daß das Gesetz in Schwurgerichtssachen die Entscheidung der Beweis- und Schuldfrage ausschließlich den Geschworenen zuweist, daß es denselben eine Motivirung ihres deßfallsigen Ausspruches nicht einmal gestattet, geschweige denn zur Pflicht macht, daß es vielmehr den im (ordnungsmäßigen) Verdikte bejahend oder verneinend festgestellten Thatbestand schlechthin als juristische Wahrheit betrachtet wissen will, so kann eine Befugniß des Gerichtshofes zur „Ergänzung“ des Wahrspruches um so weniger zugestanden werden, als diese s. g. Ergänzung möglicherweise im geraden Widerspruche mit der die Jury bei Abgabe ihres Wahrspruches leitenden Ueberzeugung geschehen könnte. Wenn die Geschworenen die auf einen schwereren Reat gerichtete Schuldfrage verneint, die auf einen leichteren Reat gerichtete Frage bejaht haben, so kann Niemand außer ihnen selbst, denen aber jede Erklärung hierüber untersagt ist, wissen, warum sie die erstere Frage verneint haben, ob um deßwillen, weil sie geradezu von der Nichtexistenz der schwereren That und der völligen Grundlosigkeit des deßfallsigen Verdachtes überzeugt waren, oder nur um deswillen, weil sie „keine genügende Ueberzeugung vom höheren Grade der Schuld gewonnen hatten“: das Wesentliche ist hier wie dort, daß es an einem für die hier allein maßgebende Ueberzeugung der Geschworenen ausreichenden Schuldbeweise mangelt. Wollte man es „dem die Strafe bestimmenden Richter anheimgeben, Thatsachen zu berücksichtigen, die durch den Ausspruch des Thatrichters negirt wurden, vielleicht sogar deshalb negirt wurden, weil die Nichtexistenz derselben für nachgewiesen erachtet wurde“, so würde die

---

als eine rechtlich gebotene oder doch zulässige und folglich durch seine Handlung verschuldete zu betrachten sei oder nicht? Hiemit stehen auch die bei Rosenkrantz l. c. S. 271 Note 86 angef. älteren OAGE. (Sitz.-Ber. II S. 333 und 436, Zeitschr. f. Gesetzg. u. Rechtspfl. IV S. 409 f.) vollkommen im Einklange; es wird hier dem Schwurgerichtshofe eine thatsächliche Feststellung lediglich in der Richtung vindizirt, ob die (durch den Schuldausspruch der Geschworenen an sich gerechtfertigte) Untersuchungshaft als eine ohne Verschulden des Angeklagten verlängerte erscheine — eine Feststellung, welche „auf einer Würdigung der Lage und des Fortschrittes der Untersuchung in den verschiedenen Perioden fußen muß“ und welche ebendeßhalb naturgemäß nicht den Geschworenen, sondern nur dem Gerichtshofe zustehen kann. Davon aber, daß der Schwurgerichtshof zu einer interpretativen Ergänzung der thatsächlichen Feststellung des Geschworenenverdiktes selbst berufen sei, ist in jenen Erkenntnissen nicht mit einer Sylbe die Rede.

unvermeidliche Folge hievon eine „vollständige Kompensation“ ist demnach folgendes: die kriminelle ... sein [63]).

Das Ergebniß vorstehender Betrachtungen ist demnach, daß die Frage der Haftverschuldung ist, insoweit letztere auf die kriminelle Schuld des Angeklagten zurückgeführt wird, schlechthin nach dem Endurtheil festgestellten Reat d. h. darnach zu beurtheilen ist, ob das im Endurtheile festgestellte strafrechtliche Verschulden des Beklagten in objektiver Hinsicht von solcher Beschaffenheit ist, daß die auf den bloßen Verdacht hin verhängte Nebenübel der Untersuchung immer als gesetzlich gerechtfertigt erscheint, — die Bedeutung und Tragweite dieses Satzes durch willkürliche Aufstellungen und Präsumtionen möglichst einzuschränken, entbehrt jeder wissenschaftlichen Grundlage.

Zu lit. b.

Nicht blos das kriminelle, sondern auch ein Verschulden des Angeklagten kann der gegen ihn ... hinaus erstreckten Untersuchungshaft den verschuldeten aufprägen und dadurch die Anrechnung ihrer Verlängerung auf die Strafe hindern.

In dieser Beziehung ist Folgendes zu bemerken.

α) Waren die gesetzlichen Bedingungen der Haft ... derselben und während ihrer weiteren Dauer vorhanden, ... Rücksicht darauf, ob die durch das Endurtheil ... geschehene Haftanwendung zu rechtfertigen vermag, ... littenen Haft vom Angeschuldigten dann nicht verlangt ... selbe die Anlegung oder Erstreckung der Haft ... durch falsche Selbstanklage) herbeigeführt oder wenn ... der Flucht oder durch Ungehorsam auf die richterliche ... haftung (nicht als Vorsichts-, sondern als eine ... Zwangsmaßregel zum Vollzuge unentbehrlicher Prozeßhandlungen ... wendig gemacht hat [64]). Ob auch eine bereits ...

... prozessualisches ... Verhängung ... Charakter ... einer selbst... ... der Haft bezw. ... ... ung im Zeitpunkte ... so kann ohne ... festgestellte That die ... Anrechnung der er... ... t werden, wenn der... ... lich (insbesondere ... er durch Ergreifung ... Vorladung die Ver... ... unvermeidliche direkte ... handlungen) nothwen... ... geübte Kollusion zu ...

[63]) Vgl. Gotthelf a. a. O.

[64]) Vgl. Heinze a. a. O. S. 100 und 132. ... S. 28 f. „Der Angeschuldigte, der selbst etwas in der Absicht und zum Zwecke thut, seine Verhaftung herbeizuführen oder auszudehnen, kann sich nicht beklagen, wenn ihm sein Wille geschieht; es ist ganz in der Ordnung, daß das von ihm selbst gewollte Uebel mit seiner vollen Schwere ihn trifft, volenti non fit injuria.“ — und: „die Haft ...

diesen eigentlichen Prozeßvergehen zu rechnen sei, welche ohne Rücksicht auf die Beschaffenheit des im Endurtheile festgestellten Reates die zur Zeit ihres **Eintrittes** gesetzlich gerechtfertigte Haft als **verschuldet** und darum zur Anrechnung auf die Strafe ungeeignet erscheinen lassen, muß um deßwillen bezweifelt werden, weil die Kollusionshaft nicht sowohl als Strafe für die bereits bethätigte Kollusion, sondern nur als Vorsichtsmaßregel für die nach dem Vorausgegangenen noch weiter zu besorgende Kollusion angewendet wird, in dieser Eigenschaft aber dann nicht mehr gerechtfertigt bezw. verschuldet erscheint, wenn das strafrechtliche Verschulden nach dem Endurtheile ein so leichtes ist, daß, wenn man dasselbe **damals** schon richtig erkannt hätte, eine Verhaftung wegen Kollusionsgefahr nicht zulässig gewesen wäre.

β) Waren die gesetzlichen Bedingungen der Untersuchungshaft nicht blos ursprünglich und während des Laufes der Untersuchung, sondern auch noch im Hinblicke auf das durch das **Endurtheil** festgestellte kriminelle Verschulden gegeben[65]), so kann zwar (nach dem sub lit. a Erörterten) nicht die Haft an sich, wohl aber die **längere Dauer** derselben unter Umständen als **außerhalb des Verschuldens** des Angeklagten gelegen, mithin die erlittene Haft als **theilweise unverschuldet** erlitten zu betrachten und insoweit von der Strafe abzurechnen sein. Freilich gehört die Frage, **welche Dauer** der Untersuchungshaft als vom Angeklagten **verschuldet** und welches **Mehr** derselben als **unverschuldet** anzusehen sei, zu denjenigen, welche sich einer eigentlich juristischen Fixirung ganz oder

---

unmittelbar nothwendig wird, um den flüchtigen oder ungehorsamen Beschuldigten zur Verantwortung vor den Richter zu stellen, ist ein unentbehrliches und unerläßliches Stück der Untersuchung, sie tritt nur ein, um den Beschuldigten zu derjenigen Thätigkeit zu nöthigen, die derselbe in Freiheit hätte entwickeln sollen, aber geflissentlich versäumt hat, sie ist eine völlig gerechtfertigte Zwangsmaßregel, die unerläßliche Selbstfolge der Handlungsweise des Bezüchtigten . . . . ist jedoch das Verhör des eingefangenen Flüchtlings geschlossen, räth nur noch die Fürsorge für künftige Prozeßhandlungen die Fortdauer der Haft an, so ist die Wirksamkeit der Ausnahme erschöpft, so tritt die Regel (der zu gewährenden Vergütung der Haft) wieder ein."

65) Denn unter der entgegengesetzten Voraussetzung erscheint, abgesehen von den eben sub α besprochenen Fällen, die Haft überhaupt und (wegen der Rückwirkung des Endurtheiles) von Anfang an als nicht gerechtfertigt und ist deßhalb in ihrer ganzen Dauer als unverschuldet auf die Strafe anzurechnen.

doch gr... tentheils entziehen theils um deßwillen, weil sich für die nothwendige
und be... chtigte Dauer der Untersuchung kein abstrakter Maßstab aufstellen
läßt, th... ls weil man hier mit dem technischen Begriffe der „Verschuldung"
nothwen... ig ins Gedränge kömmt bezw. davon absehen und zwischen vulga-
risiren ... uß, wenn man der fraglichen Unterscheidung überhaupt eine prak-
tische B... deutung bewahren will [66]). Geht man nun einmal von dem
nach La... unserer Gesetzgebung wohl nicht zu beseitigenden Satze aus, daß
der Ang... klagte durch Begehung einer (nach ihrer Feststellung im Endur-
theile d... Haft rechtfertigenden) strafbaren Handlung auch jede ... nach billiger
Erwägung der Umstände zur Erreichung des Untersuchungszweckes nothwendige
wendige ... Dauer der Haft selbst verschuldet habe, und versteht ... man andrer-
seits das (prozessualische) Verschulden des Angeklagten hinsichtlich der
Haftv... erlängerung in der weiteren vulgären Bedeutung ..., in welcher
es jed... durch eigenes Zuthun desselben bewirkte Verlängerung ... der Unter-
suchung ... und somit der Haft begreift, so gelangt man zu dem Ergebnisse, daß
als u... nverschuldete Verlängerung der Haft nur jene Dauer derselben

[66]) Den Fall gesetzt, die strafrechtliche Untersuchung gegen ... wegen Verdachtes des
Meineides ꝛc. Verhafteten und schließlich auch wegen dieses Reates Verurtheilten
wäre in $1^1/_2$ Monaten beendet worden, wenn der ... Angeschuldigte nicht (wie wir
annehmen bona fide und vielleicht noch auf Anrathen seines Rechtsbeistandes)
die Erhebung umfassender Vertheidigungsbeweise ... veranlaßt oder gegen das
Verweisungserkenntniß Nichtigkeitsbeschwerde ergriffen hätte, wodurch eine Ver-
zögerung des Verfahrens und eine Verlängerung ... der Untersuchungshaft viel-
leicht um mehrere Monate eingetreten ist. Kann ... man nun im juristi-
schen Sinne von einem prozessualischen „Verschulden" (dolus oder culpa)
des Angeklagten hinsichtlich der Haftverlängerung ... sprechen, weil der-
selbe von einem ungeschickten Rechtsbeistande übel ... berathen worden ist, oder weil
er es sich und den Seinigen schuldig zu sein glaubte, eine nochmalige Prüf-
ung des Verweisungserkenntnisses zu verlangen? ... Verneint man die Frage,
dann muß die Haftverlängerung als unverschuldet betrachtet und die
Dauer derselben dem Angeklagten auf seine Strafe angerechnet werden. Be-
jaht man hingegen die Frage, wie es in der Praxis allgemein geschieht und
arg. Art. 23 Abs. 2 des StGB. zweifelsohne auch der Intention des Gesetz-
gebers entspricht, dann nimmt man den Ausdruck „unverschuldet" in der
vulgären Bedeutung „in welcher das Wort nur sagen will: ohne Zuthun
des Angeschuldigten", — zugleich hiemit wird dann aber die Entschei-
dung der Frage, ob Anrechnung der Haft, ob sie nicht stattfinden soll, abhängig
gemacht „von einer rein äußerlichen, rechtlich gleichgültigen Thatsache." Vgl.
Heinze a. a. O. S. 22 und oben Note 31.

den in Betracht kommen und auf die Strafe angerechnet werden könne, welche weder durch den Untersuchungszweck an sich gefordert, noch von dem Angeklagten selbst veranlaßt, sondern welche entweder durch die (auch hier im weiteren Sinne zu verstehende) Schuld der gerichtlichen oder staatsanwaltschaftlichen Organe[67]) oder dritter Personen[68]) oder durch besondere zufällige Umstände[69]) verursacht worden ist.

---

[67]) Wenn z. B. der Untersuchungsrichter die Fortführung der Untersuchung eine Zeitlang ganz unterließ oder der gesetzlichen Vorschrift zuwider nur höchst saumselig betrieb, so verfiel er zweifelsohne in rechtlicher Schuld, während sich das Nämliche wohl nicht behaupten läßt, wenn er, von irrthümlichen Voraussetzungen ausgehend, zeitraubende Erhebungen in dieser oder jener Richtung angestellt hat, die sich später als völlig zweck- und nutzlos erwiesen haben, — soll nun nicht auch in diesem letzteren Falle die durch Irrthum (nicht gerade durch Schuld) des Untersuchungsrichters veranlaßte Verzögerung dem inzwischen verhaftet gewesenen Angeschuldigten an seiner Strafe zu gute gerechnet werden? Aehnlich verhält es sich in dem Falle, wenn der Staatsanwalt durch Einwendung eines in der Folge verworfenen Rechtsmittels eine längere Dauer des Verfahrens und damit der Untersuchungshaft veranlaßt hat.

[68]) Hieher gehört insbesondere: ungehorsames Ausbleiben oder falsche, sich widersprechende Aussagen von Zeugen, wodurch eine Verzögerung der Untersuchung oder Aburtheilung herbeigeführt wird, — ferner hartnäckiges Läugnen, unwahre Angaben oder Gebrauch unstatthafter oder grundloser Rechtsmittel von Seiten eines Mitbeschuldigten, während der andere Angeschuldigte sofort geständig war bezw. sich bei dem Verweisungserkenntnisse beruhigt hatte, imgleichen auch der Umstand, daß einer von mehreren Mitbeschuldigten gleichzeitig auch noch wegen anderer strafbarer Handlungen in Untersuchung gezogen wurde, an welchen der andere nicht betheiligt war, — endlich auch Verzögerungen, welche durch Handlungen des Vertheidigers des Angeschuldigten herbeigeführt wurden, vorausgesetzt, daß derselbe „gegen den erklärten Willen seines Schützlinges Handlungen vornahm, welche ihm nicht schon durch seine Berufspflicht geboten waren, oder daß er ohne besonderen Auftrag seines Schützlinges Handlungen vornahm, welche nicht mehr im Bereiche seiner Befugnisse lagen oder gar rechtswidrig und unerlaubt waren." Vgl. über diesen sowie über die vorhin angef. Fälle Rosenkranz l. c. S. 227 ff., sowie Verh. II, 2 S. 232.

[69]) Hieher gehören beispielsweise Verzögerungen der Untersuchung oder Aburtheilung, welche eingetreten sind: durch Erkrankung des Untersuchungsrichters oder eines Mitgliedes des erkennenden Gerichtes, durch Erkrankung oder sonstige Hindernisse, welche längere Zeit die Vernehmung eines wichtigen Zeugen unmöglich machten, durch Erkrankung des Angeschuldigten selbst, welcher einen

Ob in einem gegebenen Falle und in welcher Dauer (die aber jedenfalls einen Monat übersteigen muß, s. hernach Ziff. 3) eine Haftverlängerung nicht zugleich durch eine dieser letzteren Ursachen und zwar lediglich durch sie, ist eine durch eine Schuld des Angeklagten 10), herbeigeführt worden

... der Untersuchungshaften ... oder ... einwirken Ge...

te... porären Aufschub veranlaßte, durch Verlust ... dere Geschäfts ... und hiedurch entstandene Nothwendigkeit der gänz... Auch ... der Holung der Untersuchungshandlungen, durch bes... suchung ... des unterſuchenden oder aburtheilenden Gerichtes ... daß sie ... hieher gerechnet werden zu müssen, wenn die Unte... nur bezü... schuldigten eine längere Dauer dadurch erhalten ha... übrigen ... mehrere beanzeigte Reate desselben erstreckte, währe... 8 und ... oder einiger von ihnen Verurtheilung, bezüglich de... en einer ... ung erfolgte. Vgl. Rosenkranz a. a. O. S. ... ist, ... Übrigens dieser letzterwähnte Fall unter den Beisp... Umstände bewirkten Haftverlängerung nicht aufgef... (S. 232) eine entgegengesetzte Beurtheilung zu erf... ließe sich gegen die Ausführung von Rosenkran... fluß zufälliger Umstände auf die Haftverlängerung ... erinnern, namentlich wenn er eine bestimmte ... wie viel sich dadurch die Untersuchungshaft verlä... Ermittelung zugestandenermaßen in vielen Fällen ... daß um deswillen nun auch von einem approxi... durch solche unverschuldete Zwischenfälle herbeigefüh... gang genommen werden dürfte. Hingegen ist ... pflichten, daß hier nicht alle und jede Zufäll... die Untersuchung einwirken können (wie z. B. ... und dadurch erschwerte Beweiserhebung, Zerstreu... schiedenen Gerichtsbezirken und dadurch erschwer... nehmung derselben rc.) in Betracht kommen dürf... zufällige Umstände, durch welche die Untersuch... Weise eine Verzögerung erlitten hat" (ebendas.

... 230 f., wo ... durch zufällige ... dern fast eher ... Auch sonst ... Griff und Ein... noch Manches ... fordert, „um ... welche bestimmte ... nicht möglich ist, ohne ... Anschlage der ... Haftverlängerung Um... ... Entdeckung der That ... welche verlängernd auf ... der Zeugen in ver... Ausmittelung und Ver... sondern nur „solche ... auf ungewöhnliche

10) A. M. Rosenkranz a. a. O. S. 235 f., welcher ... 275), verlängerung theils durch eigene Schuld ... Verhafteten, theils durch zufällige Umstände oder durch fremdes Verschulden herbeigeführt wurde, die Verlängerung als eine von dem Verhafteten unverschuldete betrachtet und nur den Fall ausgenommen wissen will, wenn die Hinderungsursache eine vom Beschuldigten und einer anderen Person gemeinschaftlich ver... schuldete wäre, weil z. B. Beschuldigter und Mitbeschuldigter durch bei... derseitiges Läugnen, oder weil Beschuldigter und Staatsanwalt durch bei... derseits ergriffene Rechtsmittel eine Verzögerung des Strafverfahrens her... beigeführt haben. Allein abgesehen davon, daß die s. g. gemeinschaftlich ... mehr oder weniger willkürlich erscheint, da die ... verschul...

quaestio facti, welche das aburtheilende Gericht (in Schwurgerichtsfällen der Gerichtshof), so weit nicht stringente Beweise vorhanden sind, nach sorgfältiger, im Uebrigen aber discretionärer Würdigung „der Lage und des Fortschrittes der Untersuchung" zu entscheiden hat [71]) und wobei das Gericht allerdings, ohne daß jedoch eine gesetzliche Vermuthung in dieser Hinsicht bestände, die durch den kriminellen Reat an sich verschuldete Untersuchungshaft auch hinsichtlich ihrer Dauer insolange als verschuldet betrachten wird, als nicht Gründe des Gegentheiles dargethan oder mindestens wahrscheinlich geworden sind: denn in diesem letzteren Falle müßte wieder der Grundsatz in dubio pro reo sein Recht behaupten, wie dieses auch

---

dete Hinderungsursache bei Licht betrachtet gleichfalls auf den selbstständigen und von einander unabhängigen Handlungen verschiedener Personen beruht, so kann auch die von Rosenkranz gegebene Begründung seiner Regel („weil da, wo ein Aufenthalt in der Untersuchung durch eine äußere Nothwendigkeit begründet ist, der Wille des Angeschuldigten überhaupt keine Wirksamkeit mehr zu äußern vermag") als stichhaltig nicht erachtet werden, indem sich dieser Satz genau mit demselben Rechte auch umkehren läßt. In der That spricht für die von Rosenkranz vertretene Meinung nur der favor rei; das Gewicht dieses Argumentes wird aber, wie es scheint, wieder entkräftet durch die hier unverwerfliche Analogie des Art. 23 Abs. 2, wonach das Gesetz die vom Staatsanwalt durch Betretung der Rechtsmittelinstanz bewirkte Verlängerung der Haft eines schon Verurtheilten nur dann in die Strafe einzurechnen gestattet, wenn der Letztere nicht gleichfalls ein Rechtsmittel ergriffen, und dadurch auch seinerseits eine Ursache der Verzögerung der Strafvollstreckung gesetzt hat.

[71]) Vgl. OAGE. v. 15. Aug. 1857 (Z. f. G. u. R. IV S. 410), ferner vom 25. April 1863 (ebend. X S. 440). — Hiebei sollte sich wohl von selbst verstehen, daß das Gericht hier wie auch in den sub lit. a erörterten Fällen seinen desfallsigen Ausspruch in den Entscheidungsgründen entsprechend zu motiviren habe; ob es nun in der That (wie ein verw. OAGE. vom 23. Januar 1864, ebend. XI S. 7, angenommen hat) als eine „genügende thatsächliche Feststellung" betrachtet werden dürfe, wenn der mit einem desfallsigen Antrage befaßte Schwurgerichtshof „dieselbe dahin gegeben, daß von Abrechnung einer unverschuldet erlittenen Untersuchungshaft beim Mangel einer solchen über einen Monat dauernden bei dem Angeklagten keine Rede sein könne, und demgemäß entschieden hat, daß die auf die Zeit von 32 Tagen erlittene Untersuchungshaft eine unverschuldete nicht gewesen sei" — muß billig bezweifelt werden. — Vgl. über das hier bei der Unklarheit dieser Materie besonders dringliche Bedürfniß einer entsprechenden Motivirung der desfallsigen Entscheidungen auch Heinze a. a. O. S. 23 und 35.

in den Verh. II, 1 S. 231 Seitens eines Vertreters der ... welche Unter- ... noch einige anerkannt worden ist.

Am Schlusse dieser ganzen Untersuchung über die Frage, ... suchungshaft als eine unverschuldete zu erachten sei, mögen ... Bemerkungen darüber ihre Stelle finden, ob und in wie weit der oberste Gerichtshof zur Prüfung der über diesen Punkt getroffenen ... Entscheidungen berufen sei? Während in einigen ... nissen ziemlich vorbehaltlos der Satz aufgestellt ... lung darüber, ob die erlittene Untersuchungshaft ... zur Thatfrage gehöre, welche als solche der ... richtshofes entrückt sei, so findet sich in anderen ... einen ausgesprochen, „daß es sich bei Anwendung ... oberste ... fachen Strafzumessungsgrund handelt, ... Frage, ... Gerichtshofes entrückt wäre, daß vielmehr ... eigene ... ob nach der gegebenen Sachlage eine Unter- ... sahen ... Verschulden des Angeklagten erduldet zu erachten ... muß ... Falle die Abrechnung der Haft an der ... dem Bereiche der Gesetzesanwendung ... näherem Zusehen ergibt sich, daß beide scheinbar ... in gewissem Sinne berechtigt, jede für sich ... wahr ist. Dieses ist auch die Ansicht von ... seinerseits die Lösung darin findet, daß es dem ... allein zustehe, das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein ... lichen Merkmale, welche zum Begriffe einer unverschuldeten Untersuchungshaft gehören, im einzelnen Falle festzustellen, ... Sache des Kassationshofes sei, darüber zu urtheilen, ... sachen dem Inhalte dieses Begriffes genügen ... unbestreitbar richtig der Grundgedanke dieser Lösung ... zweifelt werden, ob dieselbe schon völlig zu befriedigen ... dürfte, abgesehen von der formellen Prüfung der ... ung, welche dem Kassationshofe unter allen Umständen ... sich insbesondere auf das Erforderniß der gehörigen ... hat, zu unterscheiden sein, ob es sich bei der Frage ...

[12]) S. die in der vorigen Note angef. OAGE., sowie Sitz.-Ber. II S. 333 und 436.

[13]) Vgl. OAGE. v. 22. Juli 1864 in der Z. f. G. u. R. XI S. 260 und (fast wörtlich übereinstimmend) vom 2. Sept. ... 348.

[14]) S. denselben a. a. O. S. 273.

durch die gerade bekämpfte Unterscheidung der Anwendung des Art. 83 eben so willkürliche als unnatürliche Schranken zu ziehen versucht hat, so hat dieselbe, wie oben bereits hervorgehoben, die gleiche Tendenz in unverkennbarer, wenn auch minder klar und bestimmt ausgesprochener Weise noch auf einem anderen Wege verfolgt, — und sie ist hiebei auffallenderweise von dem neuesten Bearbeiter dieser Materie eben so lebhaft unterstützt, wie in der vorhin gedachten Richtung bekämpft worden. Den in Note 48 angeführten OAGE. liegt nämlich der gemeinsame Gedanke zu Grunde, daß eine erduldete Untersuchungshaft nicht schon dann und darum eine unverschuldete sei, wenn und weil (wegen unzulänglichen Beweises) eine Verurtheilung bezüglich des inkriminirten schwereren Reates nicht erfolgt ist, sondern daß hiezu noch überdies eine förmliche Unschuldserklärung d. h. die gerichtliche Konstatirung der Grundlosigkeit des wegen jenes (schwereren) Reates bestandenen Verdachtes erfordert werde. Vom Standpunkte der oberstrichterlichen Praxis, welche die Begriffe von ursprünglich gerechtfertigter und von verschuldeter Haft nur zu häufig zusammenwirft und identifizirt, mag diese Auffassung noch einigermaßen begreiflich erscheinen, — weniger, daß sie auch in Rosenkranz [55]), welcher gegen jene Begriffsverwechselung scharf zu Felde gezogen ist, einen Vertreter und Vorkämpfer gefunden hat. Rosenkranz geht von dem richtigen Satze aus, daß im Sinne unseres Gesetzes der Straffällige, welcher durch ein gesetzwidriges Verfahren der staatlichen Behörden oder durch die Schuld dritter Personen oder auch wegen zufälliger Umstände eine Untersuchungshaft und mithin ein unverschuldetes Unrecht erlitten hat, berechtigt sei, die Kompensation dieses Uebels mit der für sein wirkliches (und als solches die Haft nicht rechtfertigendes) Verschulden gesetzlich verwirkten Strafe zu fordern. Bedenklich ist jedoch schon die weitere Behauptung, daß dieser excipiendo vel reconveniendo erhobene Gegenanspruch auf Schadloshaltung durch Abrechnung von der Strafe „den Nachweis voraussetze, daß der Straffällige die abzurechnende Haft wirklich unverschuldet erlitten habe", indem mit dieser Behauptung, zumal wenn der „Nachweis" in dem von Rosenkranz gemeinten Sinne verstanden wird, bereits die abschüssige Bahn betreten ist. Geradezu unrichtig ist es aber, wenn aus diesen Prämissen ganz allgemein der Satz [56]) abgeleitet wird, daß im Falle der Ver-

[55]) Vgl. Rosenkranz a. a. O. S. 262 ff.

[56]) Dieser Satz ist höchstens etwa relativ berechtigt für jene Fälle, wo durch das Endurtheil ein die Haft rechtfertigender Reat festgestellt und nur darüber

urtheilung des Verdächtigen wegen einer strafbaren Handlung von einer die Haft nicht rechtfertigenden Qualität) die von jenes (auf einen schwereren Reat gerichteten) Verdachtes er- „so lange als eine verschuldete zu vermuthen ist, bis sei es auch theil dargethan" d. h. bis „der ursprüngliche Verdacht der ihm wegen baren That, welcher die Verhaftung nach sich zog, durch das [illegible] ittene Haft Unterfuchung vollständig gehoben ist", daß also kraft dies[illegible] s Gegen- tion die Haft als eine verschuldete und die Anrechnung derselben höher straf- statthaft dann zu betrachten ist, „wenn der Angeklagte zwar gebniß der minder strafbaren That überführt wurde, daneben aber der ur- r Präsum- Verdacht der höher strafbaren That, worin die Untersuchung n als un- gesetzlichen Grund hatte, noch fortbesteht." nur einer sprüngliche

Die Hinfälligkeit dieser Aufstellung ergibt sich aus folgenden Gr[illegible] Haft ihren Für's Erste wird der von Rosenkranz selbst so nachdrücklich be[illegible] dingungen: terschied von gesetzlich gerechtfertigter und von verschuldet[illegible] nte Un- suchungshaft im praktischen Resultate wenigstens wieder verwis[illegible] Unter- jene so lange auch als verschuldet zu gelten hat, als nicht b[illegible] , wenn Gegentheil der die erstere bedingenden Voraussetzung (die völlige direkte losigkeit des bestandenen Verdachtes) hergestellt ist [51]). Fürs Zw[illegible] Grund- behrt die von Rosenkranz aufgestellte Präsumtion, daß eine ite ent- sich gesetzwidrige Haft im Zweifel als von dem Angeklagten ver[illegible] nicht an zu betrachten sei, nicht nur jeder gesetzlichen Grundlage, sondern sie schuldet spricht geradezu dem allgemeinen Rechtsgrundsatze, daß ein irgend wider- Verschulden, welches rechtliche Nachtheile zur Folge haben soll, welches präsumirt werden darf, sondern bewiesen werden muß; insofern nicht nun hier zunächst um ein kriminelles Verschulden des Angeklagten es sich delt, so kann nur das durch das Endurtheil festgestellte wirkliche han- schulden, nicht etwa das präsumtive (mögliche oder selbst wahrscheinliche Ver- aber doch nicht erwiesene) Verschulden dafür Maß geben, ob die Haft eine verschuldete oder eine unverschuldet erduldete war: der Beweis der

---

Frage ist, ob die ganze Dauer derselben als von dem Angeklagten ver- schuldet zu betrachten sei. Hievon später sub lit. b.

[51]) Wenn schon zur gesetzlich gerechtfertigten Haft begründeter (star- ker) Verdacht wegen eines (schwereren) Reates gefordert wird, so kann es zu einer vom Angeklagten selbst verschuldeten Haft, welche erstere schon zur Voraussetzung hat, damit aber noch nicht erschöpft ist, nicht schon genügen, „wenn nur der ursprüngliche Verdacht der höher strafbaren That noch fortbesteht."

Nichtver[...]chuldung der Haft und hiemit des Kompensationsanspruches des Beschuldi[...]ten liegt schon in der Nichtverurtheilung wegen des beanzeigten (sch[...]wereren und nur unter dieser Voraussetzung die Haft rechtfertigenden) Re[...]tes [58]). Die abweichende Ansicht von Rosenkranz — und dies ist e[...] dritter schlagender Grund zur Widerlegung derselben — führt mit ihrer [...] Unterscheidung zwischen Freisprechung wegen positiv nachgewiesener Unsch[...]ld und Freisprechung wegen negativ unerwiesener Schuld nothwendig [...] einer Repristination der glücklich beseitigten Entlassung von der In[...]anz und der Verdachtsstrafe: denn es wäre im Grunde nichts Anderes, als ein Wiederaufleben der absolutio ab instantia, wenn der vo[...] der Anschuldigung freigesprochene bezw. nur eines geringeren Reates [...] schuldig befundene Angeklagte gleichwohl wegen des unerwiesen gebliebe[...]en (schwereren) Reates rechtliche Nachtheile erleiden d. h. seines in Art. 83 begründeten Anspruches auf Anrechnung der erduldeten Haft verlusti[...] gehen sollte [59]), und da nach eigenem Zugeständnisse von Rosenkranz [60]) diejenige Untersuchungshaft, welche ungeachtet eines in einer zu verbüß[...]enden Strafe vorhandenen Kompensationsobjektes von der Abrechnung ausgeschlossen wird, selbst den Charakter der Strafe bezw. eines acces[...]rium derselben annimmt, so kann nicht in Abrede gestellt werden, daß i[...] dem hier in Frage stehenden Falle, wenn dem nur wegen eines geringeren Reates Verurtheilten die Anrechnung der Haft lediglich aus dem Grunde der nicht geschehenen Entkräftung bezw. des Fortbestehens

[58]) Vgl. auch Gotthelf a. a. O. S. 100. „Jede Schuld und jeder höhere Grad derselben, welche nicht so weit nachweisbar waren, daß sie durch Urtheil festgestellt werden konnten, existiren strafrechtlich nicht. So lange die Schuld oder der höhere Grad nicht bewiesen sind, muß die Nichtschuld oder der geringere Grad als gegeben angenommen werden." Die Behauptung von Rosenkranz, daß die Präsumtion der Unschuld dort nicht in Betracht kommen könne, wo es sich um Begründung eines Gegenanspruches an den Staat handle, daß die Entschädigung nicht der möglichen, sondern nur der erwiesenen Unschuld gebühre, daß mithin der Angeschuldigte seine Unschuld zu beweisen habe, weil seine Forderung ihn in die Rolle des Widerklägers versetze, ist offenbar unstichhaltig: denn „wenn man das Verhältniß civilprozessualisch formulirt, so hätte der Staat excipiendo die Verschuldung des Klägers geltend zu machen und zu beweisen" (Heinze a. a. O. S. 20 Note 37).

[59]) Vgl. auch Gotthelf a. a. O. S. 100 und Heinze l. c. S. 27.

[60]) S. dessen Abhandlung a. a. O. S. 224.

des auf den schwereren Reat gerichteten Verdachtes verfügt [illegible] ird, die erduldete Untersuchungshaft nicht sowohl als eine accessorische [illegible] strafe seines wirklichen d. h. erwiesenen kriminellen Verschuldens, sondern als eine wahre und eigentliche Verdachtsstrafe erscheint. Hiezu kommt [illegible] n schließlich noch, daß die praktische Durchführung dieser von Rosenkran[illegible] in Uebereinstimmung mit der Rechtsprechung des obersten Gerichtshofes vertretenen Ansicht ohne einen ernstlichen Konflikt mit den obersten Grundsä[illegible] stens des Schwurgerichtsprozesses kaum gedenkbar ist. Es bedarf nämlich nach dieser Ansicht[61]) in jedem Falle, wo die Abrechnung der Untersuchungshaft im Ganzen in Frage kömmt, „einer richterlichen Feststellung darüber, ob der Verdacht, welcher die Haft ursprünglich rechtfertigte, sich durch das Ergebniß der Untersuchung als unbegründet erwiesen hat oder noch so [illegible] besteht"; diese thatsächliche Feststellung soll in den nicht schwurgerichtlichen Fällen von den zugleich über die That- und Rechtsfrage erkennenden bezirks- bezw. appellationsgerichtlichen Senaten (wogegen an sich und abgesehen von den sonstigen Einwendungen nichts zu erinnern wäre), in Schwurgerichtsfällen von dem Schwurgerichtshofe, der insofern [illegible] als zur Ergänzung, nicht Abänderung des Geschworenenwahrspruches berufen erklärt wird, mittels ausdrücklicher Konstatirung in den Entscheidungsgründen geschehen[62]). Wenn [illegible] jedoch

61) Vgl. Rosenkra[illegible] a. a. O. S. 268 ff.

62) Wenn Rosenk[illegible] zur Rechtfertigung dieses Satzes sich darauf beruft, daß die Geschwo[illegible] nen lediglich zur Entscheidung der auf die Schuld des Angeklagten bezüglichen Thatfragen berufen, alle sonstigen thatsächlichen Feststellungen aber, welche nicht die Schuld, sondern die Anwendung des Strafgesetzes [illegible] dieselbe betreffen, Aufgabe des Schwurgerichtshofes seien, so kann zwar dieser, nicht aber ohne Weiteres der Behauptung beigestimmt werden, daß auch die „unverschuldete Untersuchungshaft ein die Schuldfrage nicht berührender Umstand" [illegible] vielmehr zu unterscheiden sein, ob die Nichtverschuldung der [illegible] Nichtvorhandensein einer entsprechenden kriminellen Schuld [illegible] der besonders lang[illegible] eigenen Haft, auf sonstige, die Frage [illegible] Schuld in der That [illegible] „nicht berührende Umstände" gestützt wird. [illegible] sächliche Feststellung in der ersteren Hinsicht ist eben so unzweifelhaft [illegible] der Geschworenen, [illegible] diejenige in der letzteren Beziehung Sache [illegible] richtshofes. Haben die Geschworenen ein kriminelles Verschulden [illegible] klagten festgestellt, [illegible] gehört es allerdings auch in diesem [illegible] zur Zuständigkeit des Gerichtshofes, zu entscheiden, ob Angesichts [illegible] sam rückwirkenden Feststellung die von Jenem erduldete Untersuchungs[illegible]

erwägt, [illegible] daß das Gesetz in Schwurgerichtssachen die Entscheidung der Be-
weis- und [illegible] Schuldfrage ausschließlich den Geschworenen zuweist, daß es den-
selben ein[illegible] Motivirung ihres desfallsigen Ausspruches nicht einmal gestattet,
geschweige [illegible] denn zur Pflicht macht, daß es vielmehr den im (ordnungs-
mäßigen) [illegible] Verdikte bejahend oder verneinend festgestellten Thatbestand schlecht-
hin als j[illegible]ristische Wahrheit betrachtet wissen will, so kann eine Be-
fugniß de[illegible] Gerichtshofes zur „Ergänzung" des Wahrspruches um so we-
niger zug[illegible]standen werden, als diese s. g. Ergänzung möglicherweise im ge-
raden W[illegible]erspruche mit der die Jury bei Abgabe ihres Wahrspruches lei-
tenden U[illegible]berzeugung geschehen könnte. Wenn die Geschworenen die auf
einen sc[illegible]eren Reat gerichtete Schuldfrage verneint, die auf einen leichteren
Reat ge[illegible]ichtete Frage bejaht haben, so kann Niemand außer ihnen selbst,
denen a[illegible]iede Erklärung hierüber untersagt ist, wissen, warum sie die
erstere [illegible]rage verneint haben, ob um deßwillen, weil sie geradezu von der
Richter[illegible]tenz der schwereren That und der völligen Grundlosigkeit des des-
fallsige[illegible] Verdachtes überzeugt waren, oder nur um deswillen, weil sie
„kein[illegible] genügende Ueberzeugung vom höheren Grade der Schuld gewon-
nen h[illegible]ten": das Wesentliche ist hier wie dort, daß es an einem für die
hier [illegible]ein maßgebende Ueberzeugung der Geschworenen ausreichenden
Schul[illegible]eweise mangelt. Wollte man es „dem die Strafe bestimmenden
Richte[illegible] anheimgeben, Thatsachen zu berücksichtigen, die durch den Ausspruch
des T[illegible]richters negirt wurden, vielleicht sogar deshalb negirt wurden, weil
die N[illegible]xistenz derselben für nachgewiesen erachtet wurde", so würde die

[illegible]s eine rechtlich gebotene oder doch zulässige und folglich durch seine Hand-
[illegible]ung verschuldete zu betrachten sei oder nicht? Hiemit stehen auch die
[illegible]i Rosenkranz l. c. S. 271 Note 86 angef. älteren OAGE. (Sitz.-
b[illegible]er. II S. 333 und 436, Zeitschr. f. Gesetzg. u. Rechtspfl. IV S. 409 f.)
f[illegible]llkommen im Einklange; es wird hier dem Schwurgerichtshofe eine that-
[illegible]chliche Feststellung lediglich in der Richtung vindizirt, ob die (durch den
al[illegible]hulbausspruch der Geschworenen an sich gerechtfertigte) Untersuchungshaft
Fe[illegible] eine ohne Verschulden des Angeklagten verlängerte erscheine — eine
be[illegible]stellung, welche „auf einer Würdigung der Lage und des Fortschrittes
eb[illegible]Untersuchung in den verschiedenen Perioden fußen muß" und welche
ho[illegible]deßhalb naturgemäß nicht den Geschworenen, sondern nur dem Gerichts-
pr[illegible]zustehen kann. Davon aber, daß der Schwurgerichtshof zu einer inter-
dir[illegible]ativen Ergänzung der thatsächlichen Feststellung des Geschworenenver-
Re[illegible]s selbst berufen sei, ist in jenen Erkenntnissen nicht mit einer Sylbe die

unvermeidliche Folge hievon eine „vollständige Kompetenzverwirrung“ sein [43].

Das Ergebniß vorstehender Betrachtungen ist demnach folgendes: die Frage der Haftverschuldung ist, insoweit letztere auf die kriminelle Schuld des Angeklagten zurückgeführt wird, schlechthin nach dem im Endurtheile festgestellten Reat d. h. darnach zu beurtheilen, ob das im Endurtheile festgestellte strafrechtliche Verschulden des Angeklagten in objektiver und subjektiver Hinsicht von solcher Beschaffenheit ist, daß dadurch das auf den bloßen Verdacht hin verhängte Nebenübel der Untersuchungshaft noch immer als gesetzlich gerechtfertigt erscheint, — die Versuche, die natürliche Tragweite dieses Satzes durch willkürliche Aufstellung von Distinktionen und Präsumtionen möglichst einzuschränken, entbehren jeder gesetzlichen und wissenschaftlichen Grundlage.

Zu lit. b.

Nicht blos das kriminelle, sondern auch ein prozessualisches Verschulden des Angeklagten kann der gegen ihn verhängte oder auf länger hinaus erstreckten Untersuchungshaft den Charakter einer selbstverschuldeten aufprägen und dadurch die Anrechnung der ersteren bezw. ihrer Verlängerung auf die Strafe hindern.

In dieser Beziehung ist Folgendes zu bemerken:

a) Waren die gesetzlichen Bedingungen der Haftanlegung im Zeitpunkte derselben und während ihrer weiteren Dauer vorhanden, so kann ohne Rücksicht darauf, ob die durch das Endurtheil festgestellte That die geschehene Haftanwendung zu rechtfertigen vermag, eine Anrechnung der erlittenen Haft vom Beschuldigten dann nicht verlangt werden, wenn derselbe die Anlegung oder Erstreckung der Haft absichtlich (insbesondere durch falsche Selbstanklage) herbeigeführt oder wenn er durch Ergreifung der Flucht oder durch Ungehorsam auf die richterliche Vorladung die Verhaftung (nicht als Verdachts-, sondern als eine unvermeidliche direkte Zwangsmaßregel zum Vollzuge unentbehrlicher Prozeßhandlungen) nothwendig gemacht hat [44]. Ob auch eine bereits geübte Kollusion zu

[43]) Vgl. Gotthelf a. a. O. S. 100 und 132.

[44]) Vgl. Heinze a. a. O. S. 28 f. „Der Angeschuldigte, der ferner in der Absicht und zu dem Zwecke thut, seine Verhaftung herbeizuführen, etwas zu unternehmen, kann sich nicht beklagen, wenn ihm sein Wille geschieht, und es ist ganz in der Ordnung, daß das ihm selbst gewollte Uebel in seiner vollen Schwere ihn trifft, volenti non fit injuria“ — und „die ...

diesen eig… …tlichen Prozeßvergehen zu rechnen sei, welche ohne Rücksicht auf die B… …schaffenheit des im Endurtheile festgestellten Reates die zur Zeit ihres Ei… …rittes gesetzlich gerechtfertigte Haft als verschuldet und darum zu… Anrechnung auf die Strafe ungeeignet erscheinen lassen, muß um deßw… …en bezweifelt werden, weil die Kollusionshaft nicht sowohl als Strafe fü… die bereits bethätigte Kollusion, sondern nur als Vorsichtsmaßregel für die nach dem Vorausgegangenen noch weiter zu besorgende Kollusion an… …wendet wird, in dieser Eigenschaft aber dann nicht mehr gerechtfertigt b… verschuldet erscheint, wenn das strafrechtliche Verschulden nach dem Endurtheile ein so leichtes ist, daß, wenn man dasselbe damals schon richtig e… …kannt hätte, eine Verhaftung wegen Kollusionsgefahr nicht zuläßig gewesen wäre.

β) Waren die gesetzlichen Bedingungen der Untersuchungshaft nicht bloß ur… …sprünglich und während des Laufes der Untersuchung, sondern auch noch im Hinblicke auf das durch das Endurtheil festgestellte kriminelle Verschu… …den gegeben [65]), so kann zwar (nach dem sub lit. a Erörterten) nicht d… Haft an sich, wohl aber die längere Dauer derselben unter Umstä… …den als außerhalb des Verschuldens des Angeklagten gelegen, mithin die erlittene Haft als theilweise unverschuldet erlitten zu betrachte… und insoweit von der Strafe abzurechnen sein. Freilich gehört die Frage, welche Dauer der Untersuchungshaft als vom Angeklagten verschuldet und welches Mehr derselben als unverschuldet anzusehen sei, zu den… …enigen, welche sich einer eigentlich juristischen Fixirung ganz oder

…unmittelbar nothwendig wird, um den flüchtigen oder ungehorsamen Be… …schuldigten zur Verantwortung vor den Richter zu stellen, ist ein unentbehrliches und unerläßliches Stück der Untersuchung, sie tritt nur ein, um den h… …schuldigten zu derjenigen Thätigkeit zu nöthigen, die derselbe in Freiheit ge… …tte entwickeln sollen, aber geflissentlich versäumt hat, sie ist eine völlig w… …echtfertigte Zwangsmaßregel, die unerläßliche Selbstfolge der Handlungsli… …ise des Bezüchtigten . . . . di… …s geschlossen, räth nur noch die Fürsorge für künftige Prozeßhandlungen Fortdauer der Haft an, so ist die Wirksamkeit der Ausnahme erschöpft, so… …itt die Regel (der zu gewährenden Vergütung der Haft) wieder ein."

[65]) De… …n unter der entgegengesetzten Voraussetzung erscheint, abgesehen von den ebe… sub α besprochenen Fällen, die Haft überhaupt und (wegen der Rückwi… …kung des Endurtheiles) …eshalb in ihrer ganzen Dauer von Anfang an als nicht gerechtfertigt und ist… …en als unverschuldet auf die Strafe anzurech…

doch größtentheils entziehen theils um deßwillen, weil [illegible] für ein [illegible] Verschuldung [illegible] billiger
und berechtigte Dauer der Untersuchung kein abstract [illegible]
läßt, theils weil man hier mit dem technischen Begriffe der [illegible]
nothwendig ins Gedränge kömmt bezw. davon absehen und [illegible]
rifiren muß, wenn man der fraglichen Unterscheidung überhaupt [illegible]
tische Bedeutung bewahren will 44). Geht man nun einer [illegible]
nach Lage unserer Gesetzgebung wohl nicht zu bestreitenden [illegible]
der Angeklagte durch Begehung einer (nach ihrer Feststellung [illegible]
theile die Haft rechtfertigenden) strafbaren Handlung auch jede [illegible]
Erwägung der Umstände zur Erreichung des Untersuchungszweckes [illegible]
wendige Dauer der Haft selbst verschuldet habe, und versteht man [illegible]
seits das (prozessualische) Verschulden des Angeklagten hinsichtlich der
Haftverlängerung in der weiteren vulgären Bedeutung, [illegible]
es jede durch eigenes Zuthun desselben bewirkte Verlängerung der Unter-
suchung und somit der Haft begreift, so gelangt man zu dem Ergebniß, [illegible]
als unverschuldete Verlängerung der Haft nur jene Dauer [illegible]

---

44) Den Fall gesetzt, die strafrechtliche Untersuchung gegen einen wegen Verb[illegible] Meineides 2c. Verhafteten und schließlich auch wegen dieses Reates Ver[illegible] wäre in 1 1/2 Monaten beendet worden, wenn der Angeschuldigte nicht [illegible] annehmen bona fide und vielleicht noch auf Anrathen seines Rechts[illegible] die Erhebung umfassender Vertheidigungsbeweise veranlaßt oder [illegible] Verweisungserkenntniß Richtigkeitsbeschwerde ergriffen hätte, wobei [illegible] zögerung des Verfahrens und eine Verlängerung der Untersuchung [illegible] leicht um mehrere Monate eingetreten ist. Kann hier in der [illegible] schen Sinne von einem prozessualischen „Verschulden“ (dolus [illegible] des Angeklagten hinsichtlich der Haftverlängerung gesprochen werden, [illegible] selbe von einem ungeschickten Rechtsbeistande übel berathen worden [illegible] er es sich und den Seinigen schuldig zu sein glaubte, eine nochmalige [illegible] ung des Verweisungserkenntnisses zu verlangen? Verneint man die Frage, dann muß die Haftverlängerung als unverschuldet betrachtet und die Dauer derselben dem Angeklagten auf seine Strafe angerechnet werden. [illegible] jaht man hingegen die Frage, wie es in der Praxis allgemein geschieht und arg. Art. 23 Abs. 2 des StGB. zweifelsohne auch der Intention des Gesetzgebers entspricht, dann nimmt man den Ausdruck „unverschuldet“ in der vulgären Bedeutung „in welcher das Wort nur sagen will: ohne Zuthun des Angeschuldigten“, — zugleich hiemit wird dann aber die Entscheidung der Frage, ob Anrechnung der Haft, ob sie nicht stattfinden soll, abhängig gemacht „von einer rein äußerlichen, rechtlich gleichgültigen Thatsache.“ Vgl. Heinze a. a. O. S. 22 und oben Note 31.

ben in [illegible]tracht kommen und auf die Strafe angerechnet werden könne, welche we[illegible]er durch den Untersuchungszweck an sich gefordert, noch von dem Angeklagt[illegible] selbst veranlaßt, sondern welche entweder durch die (auch hier im weit[illegible]en Sinne zu verstehende) Schuld der gerichtlichen oder staatsan[illegible]waltschaftlichen Organe[67]) oder dritter Personen[68]) oder dur[illegible] besondere zufällige Umstände[69]) verursacht worden ist.

[67]) Wen[illegible] z. B. der Untersuchungsrichter die Fortführung der Untersuchung eine Zeit[illegible] ganz unterließ oder der gesetzlichen Vorschrift zuwider nur höchst [illegible]lig betrieb, so versirt er zweifelsohne in rechtlicher Schuld, während [illegible] das Nämliche wohl nicht behaupten läßt, wenn er, von irrthümlichen [illegible]aussetzungen ausgehend, zeitraubende Erhebungen in dieser oder jener [illegible]lung angestellt hat, die sich später als völlig zweck- und nutzlos erwiesen [illegible] — soll nun nicht auch in diesem letzteren Falle die durch Irrthum [illegible] gerade durch Schuld) des Untersuchungsrichters veranlaßte Verzögerung [illegible] inzwischen verhaftet gewesenen Angeschuldigten an seiner Strafe zu gute [illegible]rechnet werden? Aehnlich verhält es sich in dem Falle, wenn der Staats[illegible]walt durch Einwendung eines in der Folge verworfenen Rechtsmittels [illegible]e längere Dauer des Verfahrens und damit der Untersuchungshaft veran[illegible]t hat.

[68]) [illegible]her gehört insbesondere: ungehorsames Ausbleiben oder falsche, sich widersprechende Aussagen von Zeugen, wodurch eine Verzögerung der Untersuchung oder Aburtheilung herbeigeführt wird, — ferner hartnäckiges Läugnen, unwahre Angaben oder Gebrauch unstatthafter oder grundloser Rechtsmittel [illegible]n Seiten eines Mitbeschuldigten, während der andere Angeschuldigte [illegible]ort geständig war bezw. sich bei dem Verweisungserkenntnisse beruhigt hatte, [illegible]gleichen auch der Umstand, daß einer von mehreren Mitbeschuldigten gleichzeitig auch noch wegen anderer strafbarer Handlungen in Untersuchung ge[illegible]en wurde, an welchen der andere nicht betheiligt war, — endlich auch Verzögerungen, welche durch Handlungen des Vertheidigers des Angeschul[illegible]en herbeigeführt wurden, vorausgesetzt, daß derselbe „gegen den erklärten [illegible]en seines Schützlinges Handlungen vornahm, welche ihm nicht schon [illegible]h seine Berufspflicht geboten waren, oder daß er ohne besonderen Auftrag [illegible]s Schützlinges Handlungen vornahm, welche nicht mehr im Bereiche seiner Bef[illegible]nisse lagen oder gar rechtswidrig und unerlaubt waren.“ Vgl. über diese[illegible] sowie über die vorhin angef. Fälle Rosenkranz l. c. S. 227 ff., [illegible] Verh. II, 2 S. 232.

[69]) Hie[illegible] gehören beispielsweise Verzögerungen der Untersuchung oder Aburtheilung, welche eingetreten sind: durch Erkrankung des Untersuchungsrichters oder [illegible]ines Mitgliedes des erkennenden Gerichtes, durch Erkrankung oder sonstige [illegible]indernisse, welche längere Zeit die Vernehmung eines wichtigen Zeugen unm[illegible]lich machten, durch Erkrankung des Angeschuldigten selbst, welche einen

Ob in einem gegebenen Falle und in welcher Dau … einen Monat übersteigen muß, s. hernach Ziff. 3) eine … durch eine dieser letzteren Ursachen und zwar lediglich durch … durch eigene Schuld des Angeklagten [70]), herbeigeführt worden …

---

temporären Aufschub veranlaßte, durch Verlustigung der Un… und hiedurch entstandene Nothwendigkeit der gänzlichen oder … derholung der Untersuchungshandlungen, durch besondere Gesch… des untersuchenden oder aburtheilenden Gerichtes 2c. Auch … hieher gerechnet werden zu müssen, wenn die Untersuchung gege… schuldigten eine längere Dauer dadurch erhalten hat, daß sie sich … mehrere beanzeigte Reate desselben erstreckte, während nur bezüglich … oder einiger von ihnen Verurtheilung, bezüglich der übrigen aber … ung erfolgte. Vgl. Rosenkrantz a. a. O. S. 228 und S. 2… übrigens dieser letzterwähnte Fall unter den Beispielen einer durch … Umstände bewirkten Haftverlängerung nicht aufgeführt ist, sondern … (S. 232) eine entgegengesetzte Beurtheilung zu erfahren scheint. … ließe sich gegen die Ausführung von Rosenkrantz über „Begriff u… fluß zufälliger Umstände auf die Haftverlängerung" theoretisch noch … erinnern, namentlich wenn er eine bestimmte Ermittelung forder… wie viel sich dadurch die Untersuchungshaft verlängerte," welche … Ermittelung zugestandenermaßen in vielen Fällen gar nicht möglich … daß um deswillen nun auch von einem approximativen Aufs… durch solche unverschuldete Zwischenfälle herbeigeführten Haftverläng… gang genommen werden dürfte. Hingegen ist Rosenkrantz … pflichten, daß hier nicht alle und jede Zufälle, welche verz… die Untersuchung einwirken können (wie z. B. späte Entdeckung … und dadurch erschwerte Beweiserhebung, Zerstreutwohnen der Ze… schiedenen Gerichtsbezirken und dadurch erschwerte Ausmittelung … nehmung derselben 2c.) in Betracht kommen dürfen, sondern … zufällige Umstände, durch welche die Untersuchung auf ungewöhnliche … Weise eine Verzögerung erlitten hat" (ebendas. S. 275).

70) A. M. Rosenkrantz a. a. O. S. 235 f., welcher dann, wenn die Haft… verlängerung theils durch eigene Schuld des Verhafteten, theils durch zufällige Umstände oder durch fremdes Verschulden herbeigeführt wurde, die Verlängerung als eine von dem Verhafteten unverschuldete betrachtet und nur den Fall ausgenommen wissen will, wenn die Hinderungsursache eine vom Beschuldigten und einer anderen Person gemeinschaftlich verschuldete wäre, weil z. B. Beschuldigter und Mitbeschuldigter durch beiderseitiges Läugnen, oder weil Beschuldigter und Staatsanwalt durch beiderseits ergriffene Rechtsmittel eine Verzögerung des Strafverfahrens herbeigeführt haben. Allein abgesehen davon, daß die gemachte Ausnahme als mehr oder weniger willkürlich erscheint, da die s. g. gemeinschaftlich verschul-

quaestio facti, welche das aburtheilende Gericht (in Schwurgerichtsfällen der Geri[illegible]tshof), so weit nicht stringente Beweise vorhanden sind, nach sorgfältig[illegible]r, im Uebrigen aber diskretionärer Würdigung „der Lage und des Fortschrit[illegible]s der Untersuchung" zu entscheiden hat [71]) und wobei das Gericht allerding[illegible] ohne daß jedoch eine gesetzliche Vermuthung in dieser Hinsicht beste[illegible]de, die durch den kriminellen Reat an sich verschuldete Untersuchungs[illegible]ft auch hinsichtlich ihrer Dauer insolange als verschuldet betrachten [illegible]ird, als nicht Gründe des Gegentheiles dargethan oder mindestens wahrschei[illegible]lich geworden sind: denn in diesem letzteren Falle müßte wieder der Gru[illegible]dsatz in dubio pro reo sein Recht behaupten, wie dieses auch

[illegible]e Hinderungsursache bei Licht betrachtet gleichfalls auf den selbstständigen [illegible]d von einander unabhängigen Handlungen verschiedener Personen beruht, [illegible]kann auch die von Rosenkranz gegebene Begründung seiner Regel [illegible]weil da, wo ein Aufenthalt in der Untersuchung durch eine äußere Nothwendigkeit begründet ist, der Wille des Angeschuldigten überhaupt keine Wirksamkeit mehr zu äußern vermag") als stichhaltig nicht erachtet werden, indem [illegible]h dieser Satz genau mit demselben Rechte auch umkehren läßt. In der [illegible]hat spricht für die von Rosenkranz vertretene Meinung nur der favor [illegible]ei; das Gewicht dieses Argumentes wird aber, wie es scheint, wieder entkräftet durch die hier unverwerfliche Analogie des Art. 23 Abs. 2, wonach [illegible]as Gesetz die vom Staatsanwalt durch Betretung der Rechtsmittelinstanz [illegible]ewirkte Verlängerung der Haft eines schon Verurtheilten nur dann in die [illegible]trafe einzurechnen gestattet, wenn der Letztere nicht gleichfalls ein Rechtsmittel ergriffen, und dadurch auch seinerseits eine Ursache der Verzögerung [illegible]er Strafvollstreckung gesetzt hat.

71) [illegible]l. OAGE. v. 15. Aug. 1857 (Z. f. G. u. R. IV S. 410), ferner vom [illegible] April 1863 (ebend. X S. 440). — Hiebei sollte sich wohl von selbst [illegible]stehen, daß das Gericht hier wie auch in den sub lit. a erörterten Fällen [illegible]ten desfallsigen Ausspruch in den Entscheidungsgründen entsprechend zu [illegible]tiviren habe; ob es nun in der That (wie ein verw. OAGE. vom 23 Januar 1864, ebend. XI S. 7, angenommen hat) als eine „genügende [illegible]fächliche Feststellung" betrachtet werden dürfe, wenn der mit einem desfal[illegible]gen Antrage befaßte Schwurgerichtshof „dieselbe dahin gegeben, daß von ein[illegible]echnung einer unverschuldet erlittenen Untersuchungshaft beim Mangel [illegible] solchen über einen Monat dauernden bei dem Angeklagten keine Rede sein [illegible]önne, und demgemäß entschieden hat, daß die auf die Zeit von 32 Tagen [illegible]erlittene Untersuchungshaft eine unverschuldete nicht gewesen sei" — muß billig bezweifelt werden. — Vgl. über das hier bei der Unklarheit dieser Ma[illegible]rie besonders dringliche Bedürfniß einer entsprechenden Motivirung der desf[illegible]ligen Entscheidungen auch Heinze a. a. O. S. 23 und 35.

in den Verh. II, 1 S. 231 Seitens eines Vertreters
anerkannt worden ist. —

Am Schlusse dieser ganzen Untersuchung über die Frage, welche Unter-
suchungshaft als eine unverschuldete zu erachten sei, mögen noch einige
Bemerkungen darüber ihre Stelle finden, ob und in wie weit der oberste
Gerichtshof zur Prüfung der über diesen Punkt getroffenen
Entscheidungen berufen sei? Während in einigen oberstrichterli
nissen 72) ziemlich vorbehaltlos der Satz aufgestellt wird, daß
lung darüber, ob die erlittene Untersuchungshaft eine unversch
zur Thatfrage gehöre, welche als solche der Prüfung des
richtshofes entrückt sei, so findet sich in anderen Erkenntnissen 73)
sicht ausgesprochen, „daß es sich bei Anwendung des Art. 83
einen einfachen Strafzumessungsgrund handelt, welcher der Prü
obersten Gerichtshofes entrückt wäre, daß vielmehr die Beantwor
Frage, ob nach der gegebenen Sachlage eine Untersuchungshaft
eigenes Verschulden des Angeklagten erduldet zu erachten sei, weil
jahenden Falle die Abrechnung der Haft an der verwirkten Strafe stat
muß, dem Bereiche der Gesetzesanwendung anheimfalle.“
näherem Zusehen ergibt sich, daß beide scheinbar widersprechende
lungen in gewissem Sinne berechtigt, jede für sich aber einseitig
halbwahr ist. Dieses ist auch die Ansicht von Rosenkranz 74),
seinerseits die Lösung darin findet, daß es dem Richter der
allein zustehe, das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein der
lichen Merkmale, welche zum Begriffe einer unverschuldet erdul
tersuchungshaft gehören, im einzelnen Falle festzustellen, daß es
Sache des Kassationshofes sei, darüber zu urtheilen, ob die festgest
sachen dem Inhalte dieses Begriffes genügen oder
unbestreitbar richtig der Grundgedanke dieser Lösung ist, so muß
zweifelt werden, ob dieselbe schon völlig zu befriedigen vermöge.
dürfte, abgesehen von der formellen Prüfung der angefochtenen Entscheid-
ung, welche dem Kassationshofe unter allen Umständen zusteht und welche
sich insbesondere auf das Erforderniß der gehörigen Motivirung zu erstrecken
hat, zu unterscheiden sein, ob es sich bei der Frage über Verschuldung oder

72) S. die in der vorigen Note angef. OAGE., sowie Sitz.-Ber. II S. 333 und 436.

73) Vgl. OAGE. v. 22. Juli und (fast wörtlich übereinstimmend) vom 2. Sept. 1864 in der Z. f. G. u. R. XI S. 260 und 348.

74) S. denselben a. a. O. S. 273.

Nichtverschulden auf den Fälle[illegible] verschuld[illegible] des Fort[illegible] Schranke[illegible] ersteren [illegible] ob die [illegible] besondere [illegible] sich ober [illegible] schuldig [illegible] als eine [illegible] scheint [illegible] verschul[illegible] diskreti[illegible] entschei[illegible] sein.

[illegible]ildung der Haft um die Anwendung bestehender gesetzlicher Nor-[illegible]ie thatsächlich festgestellten Verhältnisse handelt, oder ob (wie in [illegible] einer nicht an sich gesetzwidrigen, aber vom Angeklagten nicht [illegible]en Haftverlängerung) das auf „der Würdigung der Lage und [illegible]chrittes der Untersuchung" beruhende durch besondere gesetzliche nicht beengte richterliche Ermessen den Ausschlag gibt. In der [illegible]insicht ist der oberste Gerichtshof zweifelsohne berufen, zu prüfen, [illegible]etzlichen Bestimmungen richtig angewendet worden seien, ob ins-[illegible] die durch das Endurtheil festgestellte Beschaffenheit der That an [illegible] im Zusammenhalte mit sonstigen (die persönliche Qualität des Be-[illegible] 2c. betreffenden) thatsächlichen Feststellungen die angewendete Haft vom Angeklagten wirklich verschuldete erscheinen lasse. Hingegen [illegible] der letzteren Hinsicht, da ein abstrakt-gesetzlicher Begriff der un-[illegible]eten Haftverlängerung nicht besteht, sondern darüber lediglich die [illegible]näre Würdigung des gesammten Verlaufes der Untersuchung zu [illegible]en hat, für eine oberstrichterliche Prüfung kein Raum gegeben zu

sich u[illegible] dete l[illegible] verschu[illegible]

Zur Anrechnung auf die Strafe geeignet ist übrigens, so weit es [illegible] Verbrechen und Vergehen handelt, nicht jede unverschuldet erdul-[illegible]tersuchungshaft von einer noch so geringen Dauer, sondern die un-[illegible]det erlittene 78) Haft muß nach ausdrücklicher Vorschrift des Art. 83

78) [illegible]s genügt also noch nicht, daß die Dauer der Haft überhaupt einen Monat [illegible]bersteigt und ein Theil derselben, der aber für sich von geringerer [illegible]auer ist, unverschuldet erduldet wurde (wie irrthümlich in einem appell. [illegible]er. Erk., mitgetheilt in der Z. f. Ger.-Pr. I S 237, angenommen wurde), [illegible]ndern es muß die unverschuldet erlittene Haft von mehr als einmonat-[illegible]her Dauer gewesen sein, vgl. Hocheder, Komm. S. 407, Rosenkranz a. a. O. S. 276. — Andererseits aber ist es in der vorwürfigen Beziehung [illegible]erheblich, ob eine unverschuldet eingetretene oder eine unverschuldet [illegible]längerte Untersuchungshaft in Frage ist, beide Fälle werden unter dem [illegible]erneineren Ausdrucke „ohne eigenes Verschulden erduldet" begriffen, und beide bezieht sich daher das Erforderniß der mehr als einmonatlichen [illegible]er. Anders war es allerdings nach der vom GGA. II, 1 proponirten [illegible]ung des Art. (s. Verh. II, 1 S. 233), wonach dem Angeklagten jede [illegible] sein Verschulden eingetretene, so wie die ohne sein Verschulden um [illegible] als einen Monat verlängerte Untersuchungshaft zu gut ge-

Abs. 1 über einen Monat (d. h. über 30 Tage, [illegible] gedauert haben, widrigenfalls sie nicht als Moment [illegible] nügt, sondern nur bei der Strafzumessung berücksichtigt werden [illegible] Grund dieser gesetzlichen Vorschrift liegt ausgesprochenermaßen [illegible] daß im Interesse der Würde der Strafrechtspflege kleinliche [illegible] und minutiöse Untersuchungen darüber, ob eine unverschuldete [illegible] Haft von einem oder ein paar Tagen stattgefunden habe, verm[illegible] sollen, — Skrupulositäten, von welchen hier der Gerechtigkeit [illegible] um so mehr abgesehen werden kann, als „der Richter durch [illegible] messungsrecht in der Regel Spielraum genug haben wird, um [illegible] unverschuldet erlittene Untersuchungshaft von geringerer Dauer [illegible] Berücksichtigung zu bringen [76]).“

Ist jedoch die gesetzliche Voraussetzung einer mehr als einmo[illegible] unverschuldet erduldeten Untersuchungshaft [77]) gegeben, so ist nicht [illegible] einen Monat übersteigende Theil derselben, sondern nach den Gese[illegible] ten „so viel, als die Dauer der unverschuldet erlittenen Haft beträgt [illegible] hin die ganze Dauer derselben auf die verwirkte Strafe in Anre[illegible] zu bringen. —

Nach Erörterung der ersten Hauptfrage: welche Haft ist in [illegible] chens- und Vergehenssachen auf die verwirkte Strafe einzurechnen? [illegible] wir uns zur Beantwortung der zweiten Frage:

II. Bei welchen Strafen findet eine solche Anrechnung [illegible]

Begriffsmäßig kann eine (gänzliche oder theilweise) Kompensa[illegible] zwischen gleichartigen und bestimmten Größen stattfinden. Von [illegible] könnte eine Untersuchungshaft (als temporäre Freiheitsberaubung [illegible]

---

rechnet werden sollte. Allein durch die modifizirte Fassung de[illegible] welche vom Ref. II wohl bemerkt, aber nicht beanstandet wurde (s. Entw. II, S. 139), wurde jene Unterscheidung beseitigt, und beide Fälle auf gleiche Linie gestellt. Vgl. auch Weis, Komm. I S. 237.

76) Vgl. die Erkl. des MR. und von Dr. Barth in den Verh. II, 1 S. 233.

77) Hiebei ist es nach der Natur der Sache wie nach der Fassung der Gesetzesvorschrift für die Anrechnung der unverschuldeten Haftverlängerung gleichgültig, ob die Verzögerung der Untersuchung „nur eine einmalige und ununterbrochene oder eine öftere und mit Unterbrechungen wiederkehrende war, soferne nur die Zeiträume, um welche sich die Haft durch die mehrmalige Verzögerung verlängerte, zusammengerechnet die Dauer eines Monates übersteigen,“ Rosenkranz a. a. O. S. 276, Bl. f. RA. X S. 238, Hocheder l. c. S. 407.

genomm… n nur mit zeitlich bestimmten Freiheitsstrafen kompensirt werden … also nicht weder mit einer lebenslänglichen Freiheitsstrafe, da deren … Dauer zur Zeit der Verhängung noch völlig unbestimmt und un- bestimm… ar ist und da überdies in solchem Falle der Verbrecher schon von Verüb… ng der That an die Freiheit für seine ganze übrige Lebenszeit verwirkt hat [78]), noch mit der Todesstrafe oder mit Geldstrafen oder mit sonsti… en, als Folgen der Verurtheilung schon kraft Gesetzes ein- tretende … oder richterlich verfügten, bleibenden oder zeitlich begränzten Uebeln und Re… tsbenachtheiligungen (wie Rechts- und Ehrenminderungen, Stellung unter … olizeiaufsicht, Landesverweisung, Konfiskationen 2c.), da es in allen diesen … llen an der Voraussetzung der Gleichartigkeit gebricht.

… n diesem Gesichtspunkte aus hat denn auch unser Gesetzgeber in Art. … eine An- oder Abrechnung der Untersuchungshaft überhaupt nur gegent… er eigentlichen Strafen (mit Ausschluß also der s. g. Straf- folg… n [79]) und nicht bei allen Strafen, sondern nur bei zeitlich be- stimm… ten Freiheits- (Zuchthaus-, Gefängniß- und zufolge Abs. 2 Ar- restftr… fen), überdies aber auch bei Geldstrafen, nicht aber (aus den vor- hin a… geführten Gründen) bei Verurtheilung zur Todes- [80]) oder lebens- län… ichen Zuchthausstrafe verordnet bezw. zugelassen. Die (dem StGB. von … 813 sowie den Entw. von 1822, 1827 und 1831 noch fremde, aber schon … im Entwurfe von 1851 vorgeschlagene) Abweichung von der strengen Konf… quenz in Ansehung der Geldstrafen rechtfertigt sich durch die Er- wäg… ng, daß, wenn auch eine Gleichartigkeit zwischen Untersuchungshaft und … Geldstrafe unmittelbar nicht besteht, dieselbe doch unter Anwendung des im … Gesetze selbst (Art. 27 des StGB.) bestimmten Aequivalentverhältnisses herge… tellt werden kann, und daß es andererseits als eine Forderung der Gere… tigkeit und Billigkeit erscheint, dem Verurtheilten so weit immer mög… ch für das unverschuldet erduldete Leiden Vergütung zu gewähren. —

… I. In welcher Weise hat die Anrechnung zu geschehen?

… n dieser Beziehung ist vor Allem zu bemerken, daß, wenn die gesetz-

78) … gl. Rosenkranz a. a. O. S. 282.

79) … och versteht sich von selbst, daß die Abrechnung einer Untersuchungshaft von … ter Freiheitsstrafe ihre Wirkungen auch auf die vom Gesetze an den Voll- … s dieser Freiheitsstrafe geknüpften und auf die Dauer dieses Vollzuges be- … ränkten Straffolgen (Art. 31—33 des StGB.) erstreckt, — vgl. Rosen- … anz a. a. O. S. 283.

80) … l. in dieser Beziehung auch oben S. 624 und die in Note 16—18 ange- … rten GGA.-Verh., sowie Hocheber a. a. O. S. 405 Not. 1.

lichen Voraussetzungen sowohl bezüglich der Beschaffenheit der [illegible] (Ziff. 1) als auch bezüglich der Qualität der verwirkten Str[illegible] gegeben sind, die entsprechende Berücksichtigung der ersteren [illegible] Urtheile[81]) nicht blos Sache des fakultativen richterlichen [illegible] sondern gesetzlich geboten[82]) ist, — und zwar Letzteres [illegible] darauf, ob der Angeschuldigte oder sein Rechtsbeistand einen Antrag gestellt hat oder nicht. Jene Berücksichtigung hat aber [illegible] drücklicher Vorschrift des Art. 83 in der Art zu geschehen, daß [illegible] Kenntnisse die verwirkte ordentliche (d. h. gesetzliche) Strafe aus[illegible] Hievon aber so viel, als die Dauer der unverschuldet erlittenen Ha[illegible] für bereits getilgt erklärt wird." Hieraus folgt: einerseits, daß di[illegible] nung der Untersuchungshaft in der Sachentscheidung selbst [illegible] der Strafzumessung besonders hervortreten muß, mithin nicht als [illegible] faches Moment der Strafzumessung behandelt werden bezw. nicht i[illegible] aufgehen darf[83]), — andererseits daß, weil es sich hier nicht u[illegible] Strafmilderung, sondern lediglich um Kompensation eines schon [illegible] deten mit einem noch zu erduldenden Uebel handelt, niemals zu einer [illegible] teren als der gesetzlich verwirkten Strafgattung herabgegangen werde[illegible] auch wenn in Folge des Abzuges die noch zu verbüßende Strafe [illegible] das gesetzliche Minimum der betreffenden Strafgattung herabsinken wü[illegible]

---

81) Ist also das Erkenntniß ein schlechthin freisprechendes, so [illegible] richt, weil es in diesem Falle an einem für den Staat gleich bequ[illegible] pensationsobjekte gebricht, überall keine Veranlassung, diesen [illegible] wägung zu ziehen und sich darüber im Urtheile auszusprechen. [illegible] dem geltenden Rechte ist die Haft des Freigesprochenen, die [illegible] war, ein Unglück, das Jener über sich ergehen lassen muß, wie [illegible] wendbares, unverantwortliches Verhängniß; nicht der Staat, [illegible] trägt den Schaden, sondern der Bedauernswerthe, der fehl gegriffen wurde. Heinze a. a. O. S. 27 [illegible]

82) Vgl. die Entstehungsgeschichte des Art. oben S. 623 f., wo von einem in ersterem Sinne gestellten Amendement und von der Verwerfung desselben durch den GGA. II unter Hinweis auf die einschlägigen Verhandlungen bereits die Rede war.

83) Vgl. auch OAGE. v. 17. Juli 1865 in der Z. f. Ger.-Pr. V S. 37 f.

84) Wenn z. B. das Gericht bei Verurtheilung wegen eines Verbrechens 4 Jahre Zuchthaus, als das Minimum der gesetzlich angedrohten Strafe, wegen vorliegender Strafminderungsgründe für angemessen erachtet, gleichzeitig aber eine 4 monatliche unverschuldet erduldete Untersuchungshaft in Abrechnung zu bringen hat, so darf es in solchem Falle nicht unter unrichtiger Anwendung

Würde [illegible] e in Abrechnung zu bringende Haft das Maß der verwirkten gesetzlichen Strafe völlig erschöpfen oder selbst übersteigen, so ist selbstverständlich die ganze Strafe (vorbehaltlich jedoch der die Strafe überdauernden Urth[illegible] als folgen) als durch die erlittene Haft bereits getilgt zu erklären.

Im Uebrigen ist bezüglich des Modus der Anrechnung, je nachdem die Verurtheilung auf eine Freiheits- (Zuchthaus-, Gefängniß- oder auch Arreststrafe, s. bezüglich dieser letzteren noch §. 3 dieser Erl.) oder auf eine Geldstrafe oder auf Gefängniß- (bezw. Arrest-) und Geldstrafe zugleich lautet, Folgendes zu bemerken:

1) Wie schon oben S. 623 Note 15 erwähnt wurde, so sollte nach dem Entw. I bei Verurtheilung des haftabzugsberechtigten Angeschuldigten zu einer Freiheitsstrafe zwischen Gefängniß- (bezw. auch Arrest-) und Zuchthausstrafe in der Art unterschieden werden, daß an ersterer, mit welcher die Untersuchungshaft als im Wesentlichen auf gleicher Stufe der Intensität stehend erachtet wurde, die ganze Dauer, an letzterer hingegen nur drei Viertheile der Dauer der unverschuldet erlittenen Haft abgerechnet werden sollten. Dieser Vorschlag wurde jedoch, ungeachtet das neue StGB. selbst (in Art. 86 f.) für die bisweilen veranlaßte Umwandlung einer Gefängniß- (bezw. Arrest-)strafe in Zuchthausstrafe die oben angegebene Proportion sanktionirte, in der Erwägung abgelehnt, daß der Schwerpunkt immerhin in der Freiheitsentziehung als solcher gelegen, der Unterschied in der Behandlung des Untersuchungsgefangenen gegenüber dem Zuchthaussträflinge nicht allzu bedeutend und eine proportionelle Reduktion der von der Zuchthausstrafe abzurechnenden Untersuchungshaft um so weniger gerechtfertigt sei, als es sich hier um Entschädigung für ein unverschuldet erduldetes Leiden handle[85]. Es ist demnach bei Verurtheilung zu zeitlich bestimmter Freiheitsstrafe (gleichviel von welcher Art) die überhaupt zur Kompensation geeignete Untersuchungshaft in ihrer gan-

[illegible] Art. 16 Abs. 2 auf eine Gefängnißstrafe von 3 Jahren und 8 Monaten erkennen, sondern es muß den Angeklagten zu 4 Jahren Zuchthaus verurtheilen und hiemit den Ausspruch verbinden, daß von dieser Strafzeit 4 Monate als bereits durch die unverschuldet erlittene Untersuchungshaft getilgt zu erachten seien, — wonach sich denn von selbst versteht, daß infolge dieses Abzugs weder die Natur der Strafe noch die gesetzlichen Folgen der Verurtheilung zu derselben sich ändern. Vgl. Weis, Komm. I S. 240; Ro[illegible] a. a. O. S. 286.

85) E[illegible] erh. II, 1 S. 231 f.

zen, nicht reduzirten Dauer in Abrechnung zu bringen, für die Ausmessung (nicht auch für die Abrechnung) gebene Vorschrift des Art. 22 Abs. 3, daß Bruchtheile eines der Zuchthausstrafe und eines Tages bei der Gefängniß- strafe außer Ansatz zu lassen seien, keine Anwendung findet. Erwähnung bedarf noch, daß, wenn infolge des Haftabzuges noch zu verbüßenden Gefängnißstrafe zwei Monate nicht me dieselbe nach Art. 18 Abs. 1 nicht, wie abgesehen von der Ko in einer Gefangenanstalt, sondern im Bezirksgerichtsgefängnisse zu ist [87]).

2) Ist eine erduldete Untersuchungshaft auf eine verwirkte Ge in Anrechnung zu bringen, so muß zuerst nach dem in Art. 27 des festgesetzten Umwandlungsmaßstabe (je drei Gulden Geldstrafe = eine Haft) das der abzurechnenden Haft entsprechende Aequivalent der G ermittelt und dieser Betrag sodann im Urtheile als bereits getilgt werden. Findet diese Kompensation bei einer wegen Uebertretun wirkten Geldstrafe statt, so können mit Rücksicht auf Art. 27 Abs. 4 besondere Eigenthümlichkeiten eintreten, von welchen aber erst weiter in §. 3 bei Erläut. des Abs. 2 unseres Artikels die Rede sein wird. Hingegen die Geldstrafe wegen Vergehens verwirkt, so unterliegt stens die im Strafurtheile selbst auszusprechende Abrechnung der bis unverschuldet erlittenen Untersuchungshaft überall keinen Schwierigk

86) Vgl. Hocheder, Komm. S. 123 und Rosenkranz a. a. O. S.

87) Hierin liegt keine Abweichung von dem oben aufgestellten Satze, die Abrechnung der Untersuchungshaft die Natur der verwirkten geändert werde: die Gefängnißstrafe ist dieselbe, ob sie in einem richtsgefängnisse oder (was bei längerer Erstehungszeit die gesetzliche Regel ist) in einer Gefangenanstalt vollzogen wird. Die ratio legis, weßhalb Gefängnißstrafen von nicht mehr als zweimonatlicher Dauer im Bezirksgerichtsgefängnisse zu erstehen sind (s. oben S. 127), trifft aber vollkommen auch in dem Falle zu, wenn die Erstehungszeit in Folge einer Haftkompensation bis zu dem bezeichneten Maße oder unter dasselbe verringert wird, vgl. Rosenkranz a. a. O. S. 286.

88) Zweifel und Meinungsverschiedenheit besteht in der Doktrin (aus der Praxis ist ein derartiger Fall noch nicht bekannt geworden, wie er überhaupt nur zu den größten Seltenheiten gehören wird) blos darüber, ob dann, wenn blos der Staatsanwalt gegen ein wegen Vergehens zu Geldstrafe verurtheilendes Erkenntniß ein Rechtsmittel ergriffen, dasselbe aber vor der Ver-

3) Wird der Beschuldigte kumulativ zu einer Freiheits- und Geldstrafe verurtheilt, so ist die zur Kompensation geeignete Haft zunächst von der verwirkten Freiheitsstrafe und erst eventuell, wenn die Dauer der ersteren jene der letzteren übersteigt, bezüglich des Restes von der verwirkten Geldstrafe in Abrechnung zu bringen. Dieser Modus entspricht nicht nur der Natur der Sache, wonach die Kompensation zuvörderst zwischen dem unmittelbar Gleichartigen stattzufinden hat, sondern er ist dem Straffälligen unter Umständen auch günstiger, als der entgegengesetzte — nemlich in dem Falle, wenn durch die Kompensation nicht beide Strafen

---

handlung darüber wieder zurückgenommen hat oder wenn eine blos vom Staatsanwalt gegen ein solches Erkenntniß erhobene Nichtigkeitsbeschwerde vom Kassationshofe verworfen worden ist, die von dem verhafteten Beschuldigten inzwischen unverschuldet erduldete Haftverlängerung von der verhängten Geldstrafe abzurechnen sei? Hocheder Komm. S. 411 f. verneint wenigstens für den Fall der Zahlungsfähigkeit des Verurtheilten diese Frage, da hier weder die Voraussetzungen des Art. 83 (Möglichkeit eines gerichtlichen Ausspruches über die Anrechnung im Straferkenntnisse) noch des Art. 23 Abs. 2 (Verbüßung einer Freiheitsstrafe, welch' letztere hier nur surrogatorisch im Falle der Zahlungsunfähigkeit des Verurtheilten eintrete) gegeben seien. Anderer Meinung ist Rosenkrantz a. a. O. S. 432 ff.; derselbe vertritt die Ansicht, daß die Haft, welche über den Moment hinausgeht, wo das zur Geldstrafe verurtheilende Erkenntniß wirklich oder kraft der vom Gesetze zu Gunsten des Verurtheilten aufgestellten Fiction die Rechtskraft beschritten hat, „als eine thatsächlich (wenn auch ohne förmlichen Ausspruch) vorgenommene Umwandlung der Geldstrafe in Freiheitsstrafe" betrachtet und darum dem Verurtheilten in Gemäßheit des hier allein platzgreifenden Art. 23 Abs. 2 ohne Rücksicht auf seine Zahlungsfähigkeit von seiner Strafe abgerechnet werden müsse. Eine vergleichende Abwägung dieser sich entgegenstehenden Meinungen führt zu dem Ergebnisse, daß die Ansicht von Hocheder mehr den Worten, die von Rosenkrantz mehr dem Geiste des Gesetzes und der natürlichen Billigkeit entspricht, daß unter diesen Umständen, wenn auch der Wortlaut des Art. 23 Abs. 2 unseren Fall nicht trifft, mindestens eine analoge Anwendung desselben im Interesse des Beschuldigten um so mehr gerechtfertigt sein dürfte, als man sonst mit Hocheder zu der mehr als sonderbaren Inkonvenienz gelangen würde, daß die unverschuldete Haftverlängerung wohl dem zahlungsunfähigen, nicht aber dem zahlungsfähigen Verurtheilten in seine Strafe einzurechnen sei. — Vgl. auch unten Note 95, welche dieselbe Frage, aber für den Fall berührt, daß der Beschuldigte nur wegen einer Uebertretung zu einer Geldstrafe verurtheilt worden ist.

völlig getilgt werden und der Rest der Geldstrafe wegen Uneinbringlichkeit in Freiheitsstrafe verwandelt werden muß: hier bleibt dem Eingesperrten bis zu vollständiger Erstehung der surrogatorischen Freiheitsstrafe nach Art. 27 Abs. 5 die Befugniß, sich durch Bezahlung des noch nicht getilgten Restes der Geldstrafe von ersterer frei zu machen, während er bei dem entgegengesetzten Modus der Abrechnung dieser Befugniß verlustig gehen würde[89]).

§. 3. Zu Abs. 2 des Art. 83. Anrechnung der Untersuchungshaft bei Uebertretungen auf die verwirkte Strafe.

Wesentlich einfacher und — wie wir hinzufügen dürfen — sachlich entsprechender ist die Materie von der Anrechnung der Untersuchungshaft für Uebertretungssachen[90]) durch Abs. 2 des Art. 83 geregelt, welcher bestimmt: „bei Uebertretungen ist jede erlittene Untersuchungshaft in Anrechnung zu bringen."

Hiezu ist Folgendes zu bemerken:

1) Unter „Uebertretungen" sind hier, da das Gesetz nicht weiter unterscheidet, alle sei es im StGB. selbst sei es in anderen Gesetzen mit diesem Charakter bekleideten Handlungen oder Unterlassungen, insbesondere also auch diejenigen Uebertretungen zu verstehen, welche, weil sie mit einer das regelmäßige Maximum der Uebertretungsstrafe übersteigenden Strafe bedroht sind, durch Art. 31 Abs. 4 des Einf.-Ges. der einzelrichterlichen Judikatur entzogen und der bezirksgerichtlichen Aburtheilung in erster Instanz zugewiesen sind. Maßgebend für die Qualifikation eines Reates als Uebertretung und somit für die Anwendbarkeit des vorstehenden Abs. 2 des Art. 83 ist aber nach früheren Ausführungen (s. oben S. 637 ff.)

---

89) Vgl. Rosenkrantz l. c. S. 288.

90) Nach Art. 41 des Einf.-Ges. ist (abgesehen von der in Art. 44 desselben vorgesehenen provisorischen Festnahme) wegen Uebertretungen Untersuchungshaft allerdings nur zulässig „gegen Heimathlose und Landstreicher, desgleichen gegen Ausländer, bei welchen darüber, daß sie sich auf Vorladen vor Gericht stellen und dem Urtheile genügen werden, gegründeter Zweifel besteht." Allein der Art. 41 hat selbstverständlich nur die Fälle im Auge, wo die Beschuldigung nach den vorliegenden Anzeigen von vornherein auf einen bloßen Uebertretungsreat gerichtet und beschränkt ist, während die Vorschrift unseres Art. 83 Abs. 2 eine weitere Tragweite auch für jene Fälle hat, wo der wegen Verdachtes eines Verbrechens oder Vergehens Verhaftete schließlich nur einer Uebertretung für schuldig erkannt wird.

nicht der anfängliche bestehende Verdacht, sondern lediglich der durch das Endurtheil festgestellte Thatbestand; wird also ein Angeschuldigter, der wegen Verdachtes eines Verbrechens oder Vergehens in Untersuchung gezogen und sei es bis zum Schlusse des Verfahrens oder auch nur für kürzere Zeit (z. B. bis zur Verweisung) in Haft genommen worden war, schließlich nur wegen einer durch diese That begangenen Uebertretung verurtheilt, so ist, mag die geringere Qualifikation aus objektiven oder subjektiven Gründen, wegen erwiesener Nichtschuld oder nur wegen unzulänglichen Beweises der Schuld hinsichtlich des schwereren Reates vorgenommen worden sein, die Frage der Anrechnung der erlittenen Haft nicht nach Abs. 1, sondern nach Abs. 2 des Art. 83 zu beurtheilen [91]).

2) Indem das Gesetz bei Uebertretungen jede erlittene Untersuchungshaft auf die Strafe angerechnet wissen will, hat es hier von den in Abs. 1 aufgestellten Erfordernissen der unverschuldeten und zugleich die Dauer eines Monates übersteigenden Haft Umgang genommen [92]). Immerhin aber wird hiebei vorausgesetzt, daß die Untersuchungshaft wegen dieser schon bei der Verhaftung oder doch im Endurtheile als Uebertretung qualifizirten That stattgefunden habe. War der Beschuldigte nicht wegen dieser Uebertretung, sondern wegen eines anfänglich indizirten konkurrirenden schwereren Reates verhaftet, schließlich aber nur wegen der Uebertretung verurtheilt worden, so kann zwar auch hier, wenn die konkurrirenden Reate in derselben Untersuchung vereinigt oder doch der gleichzeitigen Beurtheilung desselben Gerichtes unterstellt worden sind, die Anrechnung der wegen der beanzeigten anderen That erduldeten Untersuchungshaft auf die wegen der Uebertretung verwirkte Strafe veranlaßt sein (vgl. die hieher bezügliche Ausführung oben S. 627 f.); allein es ist für die Anrechnung in diesem Falle, wo die Haft nicht in der Uebertretungssache stattgefunden hat, nicht der Abs. 2, sondern der Abs. 1 des Art. 83 maßgebend, d. h. es ist nicht jede in der anderen Sache erduldete Haft, sondern es ist nur die mehr als einmonatliche, unverschuldet erlittene (auch

[91]) Vgl. auch Weis, Komm. I S. 239.

[92]) Bestimmend hiefür war, wie sich aus der Verh. II, 1 S. 231 f. ergibt, die Erwägung, daß bei Uebertretungen eine Untersuchungshaft eigentlich gar nicht stattfinden solle, jedenfalls aber, wenn sie vorkomme, ohne Rücksicht auf Verschuldung und Dauer Berücksichtigung im Wege der Kompensation erheische, indem sonst häufig ein grelles Mißverhältniß zwischen dem durch die prozessualische Haft zugefügten Leiden und der durch das kriminelle Verschulden verwirkten Strafe hervortreten würde.

nicht durch Prozeßvergehen des Beschuldigten veranlaßte) Haft auf die wegen der Uebertretung verwirkte Strafe in Anrechnung zu bringen [93]).

3) Die Anrechnung der Untersuchungshaft auf die wegen einer Uebertretung verwirkte Strafe (gleichviel ob Arrest- oder Geldstrafe) ist auch in Abs. 2 nicht dem fakultativen Ermessen des Gerichtes anheimgegeben, sondern sie ist schlechthin geboten: das Gericht hat auch hier nach Analogie des Abs. 1 die an sich verwirkte Strafe im Urtheile auszusprechen, hievon aber so viel, als die Dauer der vom Beschuldigten erlittenen Haft beträgt (also gegebenen Falles selbst die ganze Strafe) für bereits getilgt zu erklären. Sollte das erkennende Gericht diese Gutrechnung im Urtheile aus Versehen unterlassen haben und sollte auch nicht durch rechtzeitige Urtheilsanfechtung die Verbesserung des fehlerhaften Erkenntnisses erwirkt worden sein, so wird man den Anspruch des Verurtheilten auf Kompensation um deßwillen doch nicht für präjudizirt erachten dürfen; denn einestheils ist in Abs. 2 nicht, wie in Abs. 1, ein Ausspruch des aburtheilenden Gerichtes über die Haftanrechnung ausdrücklich gefordert, sondern es ist dieselbe schlechthin gesetzlich verfügt, anderentheils erscheint ein solcher Ausspruch hier um deßwillen eher entbehrlich, weil hier nicht, wie in den Fällen des Abs. 1, eine förmliche causae cognitio bezüglich des Vorhandenseins besonderer Voraussetzungen der Anrechnung, sondern nur eine Konstatirung der Dauer der erlittenen Haft erforderlich ist, welche Feststellung auch noch nach der Urtheilsfällung im Stadium des Strafvollzuges angeregt und bethätigt werden kann [94]).

Was im Uebrigen den Modus der Anrechnung betrifft, so gelten hier in der Hauptsache die oben in §. 2 Ziff. III entwickelten Grundsätze. Im Einzelnen ist zu unterscheiden, ob der Beschuldigte in eine Arrest- oder in eine Geldstrafe verurtheilt wird, — der Fall der kumulativen Verurtheilung zu Arrest- und Geldstrafe hat hier nichts Besonderes (s. oben S. 666 f.).

a) Lautet die Verurtheilung auf eine Arreststrafe, so muß die von dem Beschuldigten erlittene Untersuchungshaft in ihrer vollen Dauer auch

---

[93]) Vgl. auch das (verw.) OAGE. v. 24. Dez. 1863 in der Z. f. Ger.-Pr. III S 77 ff. — Weder der Wortlaut noch die ratio legis gestattet, die wegen einer anderen, schwerer qualifizirten That angelegte Haft ohne Rücksicht auf die Erfordernisse des Abs. 1 dem wegen einer konkurrirenden Uebertretung Verurtheilten zu gut zu rechnen; nur für die in der Uebertretungssache erduldete Haft besteht das Privilegium des Abs. 2.

[94]) Vgl. auch Hocheder, Komm. S. 412.

dann von der Strafzeit abgerechnet werden, wenn die verhängte Arreststrafe eine geschärfte ist. Dies ergibt sich, ungeachtet des Stillschweigens des Gesetzes darüber, durch zwingende Schlußfolgerung aus Abs. 1, wonach die kompensable Untersuchungshaft in ihrer ganzen Dauer nicht blos auf die Gefängniß-, sondern sogar auf die Zuchthausstrafe anzurechnen ist.

b) Lautet die Verurtheilung auf eine Geldstrafe, so muß auch hier, wie bei der Kompensation der Haft mit einer Vergehens-Geldstrafe, zuerst das der Haftdauer entsprechende Geldäquivalent nach dem in Art. 27 Abs. 4 festgesetzten Umwandlungsmaßstabe ermittelt und der gefundene Betrag alsdann an der verhängten Geldstrafe abgerechnet werden[95]). Es entsteht nun hier allerdings die Frage, ob in solchem Falle auch die Schlußworte des Art. 27 Abs. 4, wonach die an die Stelle einer uneinbringlichen Geldstrafe tretende Arreststrafe die Dauer von 42 Tagen nicht überschreiten darf, analoge Anwendung zu finden haben, m. a. W., ob dann, wenn einmal die anzurechnende Haft 42 Tage gedauert hat, die verwirkte Uebertretungsgeldstrafe für vollständig getilgt zu erklären ist, auch wenn bei der Umwandlung nach dem vorhin erwähnten Maßstabe (drei Gulden = einen Tag Untersuchungshaft) noch ein ungetilgter Rest der Geldstrafe übrig bleiben würde? Die Frage ist (vorbehaltlich jedoch der in besonderen Gesetzen behandelten Uebertretungen, welche mit einer 150 fl. übersteigenden Geldstrafe bedroht sind, und bei welchen nach Art. 7 Abs. 3 des Einf.-Ges. die an die Stelle einer uneinbringlichen Geldstrafe tretende Arreststrafe die Dauer von 42 Tagen übersteigen und bis zu 3 Monaten, bisweilen selbst noch länger, erstreckt werden darf) zweifelsohne zu bejahen; denn einestheils bilden die Schlußworte des

[95]) Hiebei sei bemerkt, daß die in Note 88 behandelte Streitfrage, ob und inwiefern auch die nach ergangener Verurtheilung zu einer Geldstrafe noch fortdauernde Untersuchungshaft des Beschuldigten demselben auf die Strafe anzurechnen sei, für den hier vorausgesetzten Fall, daß die zuerkannte Geldstrafe eine Uebertretungsstrafe ist, nicht besteht. Selbst Hocheder (Komm. S. 412) ist hier der Ansicht, daß im Hinblicke auf die voraussetzungslose Vorschrift des Art. 83 Abs. 2 der Anrechnung der Untersuchungshaft (ohne Rücksicht auf Einbringlichkeit oder Uneinbringlichkeit der Geldstrafe) auch in dem Falle ein Hinderniß nicht entgegensteht, „wenn die Untersuchungshaft nach ergangenem Strafurtheile noch fortgebauert hat, und deshalb eine Rücksichtnahme hierauf bei Erlassung des Strafurtheiles selbst nicht möglich gewesen ist" — ein Resultat, zu welchem nach der Ausführung in Not. 88 natürlich auch Rosenkranz a. a. O. S. 432 ff., wenn auch auf anderem Wege (durch Argumentation aus Art. 23), gelangt.

Art. 27 Abs. 4 einen integrirenden Bestandtheil der den Umwandlungsmaßstab bei Uebertretungen betreffenden gesetzlichen Bestimmungen, auf welche in den Fällen des Art. 83 Abs. 2 zu rekurriren ist, anderentheils trifft die ratio legis, welche der zunächst für den Fall der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe gegebenen Vorschrift zu Grunde liegt, auch in den letzteren Fällen vollkommen zu: daß nämlich bei vorhandener Unmöglichkeit, eine wegen Uebertretung erkannte Geldstrafe in natura zu vollziehen, die surrogatorisch an ihre Stelle tretende Arreststrafe nicht das gesetzlich bestimmte Maximum der Arreststrafe übersteigen solle. Ob nun diese Unmöglichkeit eine faktische, durch die Zahlungsunfähigkeit des Verurtheilten herbeigeführte, oder eine rechtliche, durch den gesetzlich gebotenen Haftabzug begründete ist, das kann um so weniger ins Gewicht fallen, als auch nach der gegentheiligen Ansicht jedenfalls dann, wenn der noch ungetilgte Rest der Geldstrafe uneinbringlich wäre, nicht mehr eine Umwandlung desselben in Arrest zulässig, sondern durch die bereits erstandene 42tägige Untersuchungshaft die ganze Strafe als getilgt zu erachten wäre. Durch diese letztere Bemerkung ist denn auch schon angedeutet, daß in dem Falle, wenn durch Abrechnung der 42 Tage nicht erreichenden Untersuchungshaft nur ein Theil der Geldstrafe getilgt wird und der Rest derselben nachträglich wegen Uneinbringlichkeit in Arreststrafe umgewandelt werden muß, die Dauer dieser surrogatorischen Arreststrafe dergestalt begränzt ist, daß sie, mit der bereits in Anrechnung gebrachten Untersuchungshaft zusammengerechnet, das Maximum von 42 Tagen nicht übersteigen darf [96]).

Siebentes Hauptstück.

Zusammenfluß strafbarer Handlungen.

Einleitung. — Standpunkt der gemeinrechtlichen Doktrin und der neueren Gesetzgebungen in dieser Materie. Rückblick auf das StGB. von 1813, auf die nachfolgenden Entwürfe, sowie auf die Entstehungsgeschichte und die Anordnung des gegenwärtigen VII. Hauptstückes.

I. Nach der in der neueren gemeinrechtlichen Doktrin vorherrschenden Meinung [1]) spricht man von Zusammenfluß strafbarer Handlungen

[96]) Hiemit übereinstimmend Hocheder, Komm. S. 409, und Rosenkranz a. a. O. S. 287.

[1]) Vgl. insbes. Köstlin, Syst. I S. 536 u. 538 Note 3; Berner, Lehrb.

sam, wenn mehrere noch ungetilgte Verbrechen derselben Person behufs gemeinsamer Bestrafung (in denselben oder in verschiedenen, sich gegenseitig ergänzenden Urtheilen) zusammentreffen, — oder m. a. W., Verbrechenskonkurrenz ist gegeben, wenn eine und dieselbe Person mehrere strafbare Handlungen begangen hat, bevor eine derselben abgeurtheilt oder auf andere Weise (durch Verjährung, Abolition) getilgt worden ist. Auf die von der älteren Doktrin, zum Theil aber auch noch von neueren Schriftstellern [2]) geforderte Gleichzeitigkeit der Aburtheilung der mehreren Reate kommt es für den Begriff und die strafrechtlichen Wirkungen der Verbrechenskonkurrenz nicht, vielmehr nur darauf an, daß die mehreren Delikte sämmtlich vor der Aburtheilung irgend eines derselben begangen worden sind [3]). Ausgeschieden wird von dem Begriffe des Zusammenflusses insbesondere (von feineren, mehrentheils auch streitigen Kombinationen abgesehen) einerseits der Rückfall im weiteren Sinne, welcher eine der Begehung des neuen Delikted vorgängig erlittene Verurtheilung wegen des früheren voraussetzt, andererseits das s. g. fortgesetzte Verbrechen [4]), welches sich für die juristische Betrachtung nicht als eine Mehrheit von Verbrechen, sondern ungeachtet der Mehrzahl verbrecherischer Akte als Ein Verbrechen darstellt, wobei aber allerdings hinsichtlich der Konstruktion des Begriffes und der Merkmale der Verbrechensfortsetzung die Meinungen sehr auseinandergehen [5]).

S. 236; Geib, Lehrb. II S. 118; John, die Lehre vom fortgesetzten Verbrechen und von der Verbrechenskonkurrenz (Berlin 1860) S. 61 ff.

[2]) Vgl. Feuerbach, Lehrb. §. 126; Sander im N. Arch. d. Krim.-Rechtes Jahrg. 1836 S. 266 ff.; Bauer, Abh. Bd. II §. 2, — aber auch noch Heffter, Lehrb. §. 163; Hälschner, das preuß. Strfrt. II S. 489 ff.; vgl. jedoch ebendas. S. 529 u. hiezu John a. a. O. S. 61 ff.

[3]) Vgl. insbes. Berner, Lehrb. S. 236: „es darf daher dasjenige Maß der Strafe, das den Verbrecher bei gleichzeitiger Aburtheilung solcher Verbrechen getroffen haben würde, auch bei einer nicht gleichzeitigen Aburtheilung derselben nicht überschritten werden", — noch näher begründet bei Berner, Grundsätze des preuß. Strafrechtes S. 120 f. und bei Geib, Lehrb. II S. 118 f. —

[4]) Doch gibt es auch in der neueren Zeit noch Schriftsteller, welche, wie Bauer a. a. O. S. 28 ff., Feuerbach, Lehrb. §. 128 u. A. das fortgesetzte Verbrechen unter den Begriff der Konkurrenz subsumiren und als eine bloße Unterart derselben betrachten.

[5]) Vgl. die gedrängte Uebersicht der verschiedenen Ansichten über den Begriff des fortgesetzten Verbrechens („an welchem die Kriminalisten seit mehr als

Für die strafrechtliche Behandlung[6]) des Zusammenflusses von Verbrechen ist nun nach der in der späteren gemeinrechtlichen Doktrin überwiegenden, theils auf positivrechtliche, theils auf allgemeine Gründe gestützten Meinung[7]) von durchschlagender Bedeutung die Unterscheidung von idealer (formaler, gleichzeitiger) Konkurrenz, wenn nemlich durch Eine Handlung entweder verschiedene Strafgesetze zugleich oder dasselbe Strafgesetz in mehrfacher Richtung übertreten wird, und von realer (materialer, verschiedenzeitiger) Konkurrenz, wenn nemlich entweder verschiedenartige Verbrechen nach einander begangen werden oder dasselbe Verbrechen successiv wiederholt wird[8]). Für die ideale Konkurrenz bekennt sich die herrschende Meinung (vgl. jedoch Note 7) zu dem s. g. Absorptionsprinzipe, d. h. es soll hier nach dem Grundsatze poena major absorbet minorem wegen der Einheit der Handlung nur die Strafe des schwereren Reates angewendet und innerhalb derselben der konkurrirende leichtere Reat nur als Strafzumessungsgrund (oder doch höchstens durch Verbindung eines

---

40 Jahren sich herumquälen", Wächter in Goltdammer's Archiv VIII S. 6) bei Geib a. a. O. S. 120 ff. und unten Erläut. zu Art. 84.

[6]) Ueber die geschichtliche Entwickelung dieser Materie in den gemeinrechtlichen Quellen zu den verschiedenen Perioden vgl. insbes. Geib a. a. O. S. 125 ff.; Köstlin a. a. O. S. 550 ff.; Hälschner a. a. O. S. 490 ff. u. 517 ff.; Lippmann, Lehre von der richterlichen Strafänderungsbefugniß (Nördlingen 1863).

[7]) Vgl. Berner, Lehrb. S. 237 f.; Mittermaier, Not. I zu Feuerbach §. 131; Heffter, Lehrb. §. 165 u. A. — Eine allseitig anerkannte communis opinio hat sich allerdings nicht zu bilden vermocht, s. die Literaturnachweise bei Köstlin a. a. O. S. 558. Selbst in der neueren und neuesten Zeit fehlt es nicht an Schriftstellern, welche entweder (wie z. B. Hälschner a. a. O. S. 496, 499 f.; John a. a. O. S. 110 f. und schon früher in Goltd. Arch. III S. 629 ff.) die Unterscheidung von idealer und realer Konkurrenz ganz verwerfen oder welche wenigstens eine verschiedene Behandlung der einen und der anderen weder in der Natur der Sache (vgl. Geib a. a. O. S. 124; Heffter, Lehrb. §. 166) noch im positiven gemeinen Rechte (Wächter, Lehrb. I S. 254; Marezoll, Lehrb. S. 194 u. 197 und insbesondere Köstlin a. a. O. S. 558 f.) für begründet erachten. Dagegen Berner l. c. und denselben, Grundsätze des preuß. Strfrs S. 123.

[8]) Hierin liegt schon angedeutet, daß mit der Unterscheidung von idealer und realer Konkurrenz der Gegensatz von homogener (gleichartiger) und heterogener (verschiedenartiger) Konkurrenz koordinirt ist und sich zu kreuzen vermag. Die reale gleichartige Konkurrenz ist Verbrechenswiederholung, welcher das fortgesetzte (Eine) Verbrechen gegenübersteht.

schärfenden Zusatzes mit der poena major) berücksichtigt werden. Hingegen gewann bei der realen Konkurrenz seit dem vorigen Jahrhundert der in den Quellen (wenigstens im röm. Recht) begründete, aber durch Carpzov und seine Nachfolger lange Zeit in den Hintergrund gedrängte entgegengesetzte Grundsatz der Strafhäufung (quot delicta, tot poenae) oder das s. g. Kumulationsprinzip wieder die Oberhand — sei es in seiner reinen Gestalt, welche die Verbindung der mehreren Strafen bis zur Gränze der physischen und rechtlichen Möglichkeit fordert und nur bei absoluter, auch nicht durch Umwandlung zu hebender Unvereinbarlichkeit der mehreren Strafen sich mit der poena major nebst schärfendem Zusatze begnügt, oder in einer von der neueren Wissenschaft *) vertretenen modifizirten Gestalt als s. g. juristisches Kumulationsprinzip, welches, (auch abgesehen von den Fällen der Inkompatabilität) schon wegen der durch die arithmetische Zusammenrechnung und Kontinuität der mehreren Strafen bewirkten intensiven Steigerung des Strafübels eine entsprechende Verringerung der Extensität der Gesammtstrafe fordert. Letzteres gilt in der Hauptsache auch für das von Berner 10) für die reale Konkurrenz vertretene s. g. mittlere (zwischen den Extremen des Absorptions- und Kumulationsprinzips vermittelnde) Prinzip, nur daß letzteres, abgesehen von der ihm durch Berner gegebenen theilweise abweichenden Begründung, insofern elastischer ist, als dasselbe entweder die poena cumulata oder die poena major zu Grunde zu legen gestattet, ersterenfalls mit einer Milderung, letzterenfalls mit einer Schärfung (dem Maße und selbst dem Grade nach innerhalb gewisser Begränzung), wobei Berner der letzteren Art der Ausführung des mittleren Prinzips wegen der größeren Einfachheit sogar den Vorzug einräumt.

Diesem Stande der gemeinrechtlichen Doktrin entspricht denn auch (im Großen und Ganzen wenigstens) die Auffassung und Behandlung der Verbrechenskonkurrenz in den neueren Gesetzgebungen. Die Mehrzahl derselben beschränkt noch den Begriff des Zusammenflusses auf den Fall, daß die mehreren Verbrechen derselben Person von dem nämlichen Gerichte in

*) Vgl. Köstlin a. a. O. S. 536, 559 ff.; Hälschner a. a. O. S. 516 ff.; Geib a. a. O. S. 124. — Vgl. auch (eigenthümlich) John a. a. O. S. 160 ff.

10) Vgl. Berner, Lehrb. S. 238 ff. u. Grunds. d. pr. Strfrs. S. 123 ff., wo der Nachweis geführt wird, daß und warum für die Bestrafung der realen Konkurrenz weder das reine Absorptions-, noch das reine Kumulationsprinzip den Anforderungen der Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit zu entsprechen vermag.

vollständiges **Corpus juris [illegible] criminalis.**

[illegible]langen ist erschienen und in jeder Buchhan[illegible]

Die

[illegible]esetzgebung

des

[illegible]reichs Bayern.

[illegible] der auf das Strafrecht und das Straf-
[illegible]esetze, k. ah. Verordnungen und Ent-
[illegible] des k. Justizministeriums.

[illegible]r Genehmigung herausgegeben
[illegible]hgebung des Kgr. Bayern mit Erläuterungen"
[illegible] 3 fl. 40 kr. rhn. oder [illegible] Thlr. 10 Ngr.

[illegible]m Oktavformat gedruckte über [illegible] Seiten [illegible]
[illegible]der [illegible]strafrechtspflege in irgend einem Zweige [illegible]
[illegible]gen hat, als kaum zu entbehrendes Handbuch [illegible]
[illegible]lamente, theilweise schwer zugängliche, strafrechtliche
[illegible]aterial in übersichtlicher Weise vollständig unter [illegible]
[illegible]chselbeziehungen der einzelnen gesetzlichen Bestimmun[illegible]

[illegible]erscheinen als neue Folge der Zeitschrift für
[illegible]flege unter Aufsicht und Leitung des könig[illegible]
[illegible]erausgegeben:

Sammlung
[illegible]er Entscheidungen

des

königl. bayer.

[illegible]tionshofes.

Sammlung
[illegible]er Entscheidungen

des

königl. bayer.

[illegible]ppellationsgerichtes.

[illegible] Junge & Sohn in Erlangen.